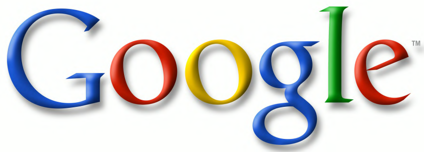
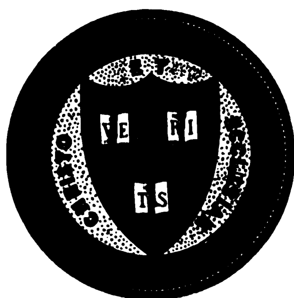
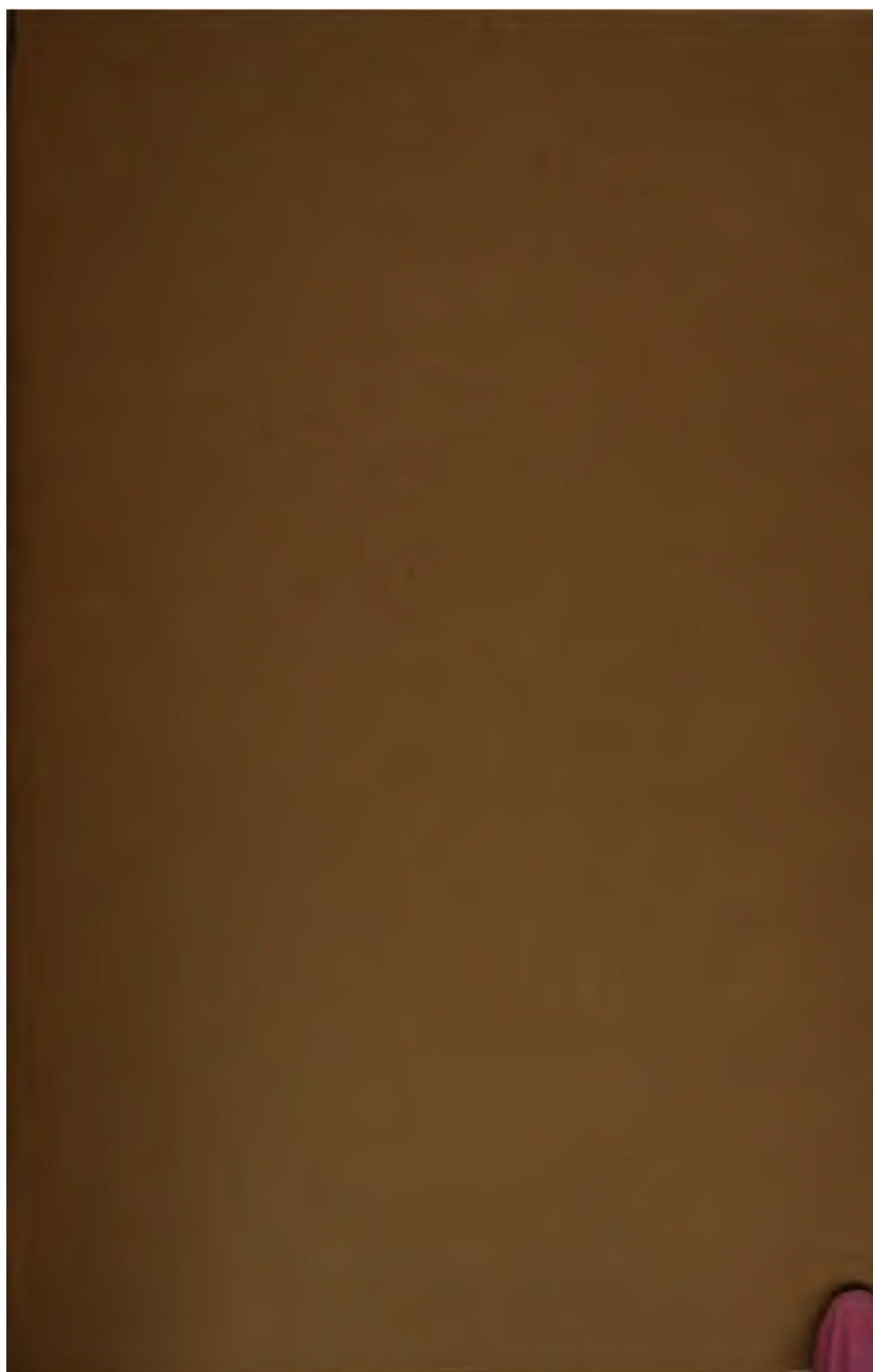










A Monsieur le Marquis de Penafiel
hommage respectueux de l'auteur

Mouriche Desfontaines

DROIT DES GENS

DE

L'ÉMIGRATION

DROIT DES GENS

DE

L'ÉMIGRATION

ÉTUDE

SUR

LA CONDITION JURIDIQUE

DES

FRANÇAIS A L'ÉTRANGER

PAR

Henry LOUICHE-DESFONTAINES
Docteur en Droit
AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

SAINT-QUENTIN
TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE JULES MOUREAU
1880

A MA MÈRE

PRÉFACE

« Se prenant aux rêves les plus audacieux pour en faire des réalités triomphantes, du fond de ses laboratoires, avec ses *barres* et ses *ronds*, avec ses cornues et ses X, la science moderne a bouleversé le Monde. — Entre autres fantaisies, elle s'est proposé d'asservir l'espace ; et elle l'a si bien asservi qu'elle nous fait franchir un continent en moins d'heures qu'autrefois il n'en coûtait de jours et que le temps de concevoir notre pensée lui suffit pour l'envoyer traduite aux points les plus reculés du globe. » (1) — A une époque où les communications internationales sont plus fréquentes que jamais, alors que, selon l'éloquente parole de notre éminent bâtonnier, les progrès de la civilisation ont abaissé les barrières

(1) Me Nicolet, *Discours prononcé à l'ouverture de la conférence des Avocats, le 23 novembre* 1878.

qui s'élevaient autrefois entre les peuples, en même temps que les pacifiques conquêtes de l'intelligence tendent chaque jour à supprimer la distance, il nous a semblé intéressant de suivre nos compatriotes dans leurs lointaines pérégrinations et d'étudier l'influence que peut exercer sur l'état des personnes la résidence en pays étranger.

Par « état de la personne » nous entendons l'ensemble des qualifications juridiques qui composent la personnalité civile d'un individu. — Est-il Français ou étranger ? — Absent ou présent ? — Enfant légitime ou enfant naturel ? — Célibataire ou marié ? — Majeur ou mineur ? etc., etc. La réponse à toutes ces questions constitue son état. C'est l'influence du séjour à l'étranger sur ces diverses qualités que nous nous proposons d'examiner.

Le fait de sortir du territoire n'a pas en général à lui seul, d'action sur la nationalité ; la loi française ne présume pas en effet la renonciation à un titre qu'elle considère comme un avantage ; et si elle n'exige pas toujours une déclaration formelle de volonté, au moins veut-elle, comme nous le verrons à la fin de ce travail, que des actes indiscutables, tels que l'acceptation de fonctions publiques, civiles ou militaires, un établissement sans esprit de retour, ou un mariage avec un étranger constituent une preuve plus que suffisante des intentions de celui qui les accomplit.

En dehors de ces cas exceptionnels, la France ne

considère en aucune façon comme étrangers ceux qui franchissent la frontière et quels que soient les caractères et la durée du séjour à l'étranger, elle ne veut voir dans l'émigration qu'une absence temporaire motivée par l'amour des voyages ou les besoins du commerce, impuissante à briser les liens qui l'unissent à ses nationaux.

Mais le maintien absolu de l'autorité des lois françaises rencontre un sérieux obstacle dans l'indépendance des États étrangers; la souveraineté nationale se heurte à la souveraineté territoriale et ces deux forces s'annihilent réciproquement dans une certaine mesure. Ce sont les résultats de cette rencontre que nous allons essayer de dégager.

Cette conciliation de législations parfois bien opposées, dont les éléments sont souvent si contradictoires, présente de nombreuses difficultés. — A défaut d'autres qualités, nous nous efforcerons d'apporter dans leur examen la calme impartialité qu'exige, pour être sérieuse, toute étude de droit international, nous nous élèverons au-dessus des préoccupations, peut-être un peu étroites, que, dans un sentiment fort respectable d'ailleurs, quelques auteurs modernes ont cru devoir introduire dans l'exposé de ces délicates matières, écartant enfin tout ce qui est étranger au débat, nous chercherons à résoudre les questions qui nous seront offertes en nous inspirant uniquement des intérêts réciproques

de la société et de l'individu, persuadés que cette attitude, la seule vraiment juridique, est aussi la plus conforme à l'esprit des lois françaises et aux traditions de notre pays.

Mais avant d'aborder l'analyse des principes généraux qui vont nous guider dans nos recherches il nous semble indispensable d'esquisser brièvement dans un court aperçu les phases diverses qu'ils ont eues à traverser. Ce sera l'objet de l'introduction.

INTRODUCTION HISTORIQUE

Les temps marqués pour l'anéantissement de la puissance romaine sont arrivés. Après avoir pendant de longs siècles dominé le monde, Rome va subir la loi commune de l'humanité et être submergée à son tour par les flots de l'invasion barbare, dont elle n'a plus la force de contenir les brutales aspirations. — D'illustres historiens ont magistralement tracé le saisissant tableau de cette grandiose époque de l'histoire. Le jurisconsulte ne peut malheureusement s'arrêter longtemps à la contemplation des évènements politiques, et, quel qu'en soit le séduisant intérêt, il ne doit s'y attacher que pour montrer l'influence qu'ils ont exercée sur les destinées du droit. Le cadre, pour être restreint, n'en est pas moins difficile à remplir, et ce n'est qu'avec une salutaire hésitation qu'il est permis d'aborder l'étude de ces grandes révolutions juridiques.

Le Latium d'abord, l'Italie ensuite, puis la Gaule, puis l'univers romain avaient été incorporés à la

République et admis au droit de cité. L'entrée des Germains sur les terres romaines n'est que la continuation d'un système jusqu'alors constamment couronné de succès. Comme tous les peuples emportés avant eux dans le tourbillon de la civilisation romaine, ils sont d'abord enrôlés en qualité de simples auxiliaires, puis les légions impériales leur ouvrent leurs rangs et peu à peu ils s'élèvent aux plus hautes dignités civiles et militaires. Mais si les peuplades de l'Italie et, jusqu'à un certain point, celles de la Gaule et de l'Espagne, qui, depuis de longues années, subissaient l'inévitable influence des mœurs et des idées romaines, se sont facilement assimilées au vainqueur, il n'en est pas de même des Barbares. Au moment où ils pénètrent dans les provinces, l'Empire est mourant et affaibli; le génie organisateur de la vieille cité a perdu toute son énergie. Les farouches guerriers qui viennent de franchir le Rhin et le Danube ne peuvent oublier leur origine; ils conservent leur individualité et « au lieu d'être absorbés à leur tour par l'unité impériale, c'est l'unité impériale qui finit par se briser en autant de blocs qu'elle renferme de nationalités encore intactes (1). »

Les hordes sauvages qui, depuis longtemps, minaient sourdement le trône impérial, combattant à côté des Romains, intervenant dans les querelles des princes, s'approchant de la cour, sans pour cela perdre leur force, leur dureté, leur rudesse, ne tardent pas à se rendre compte de la faiblesse de leurs

(1) Le Huérou. *Histoire des institutions mérovingiennes.*

protecteurs, et n'attendent qu'une occasion pour s'établir à demeure sur les territoires où les ont amenés parfois les hasards de la guerre. Les Huns vont la leur offrir : leur invasion détermine un déplacement général des tribus barbares, depuis l'Oural jusqu'au Rhin, tout le long des frontières septentrionales de l'Empire; refoulés à leur tour, les Goths viennent demander asile aux Romains, et, enhardis par le succès de cette première tentative, s'emparent bientôt des contrées qu'autrefois ils s'étaient contentés de ravager (1).

Dans le cercle immense de la puissance romaine, ils constituent autant de petits cercles distincts et séparés, dont la circonférence grandit de jour en jour, et qui, à force de s'étendre, vont finir par se toucher. La force de cohésion qui les relie à la métropole diminue; le pouvoir central dépérit; il ne pourra bientôt plus relier le faisceau, jusqu'alors si uni, et protéger les indigènes contre les prétentions de leurs hôtes.

L'Empire est démembré, mais les institutions romaines, plus durables que la colossale construction qu'elles avaient si longtemps étayées, restent debout, et Rome, gardant jusqu'à la fin cette étrange faculté qui lui avait permis d'étendre sa domination jusqu'aux extrémités du monde connu, victorieuse encore alors même qu'elle semble vaincue, impose à l'envahisseur le respect de sa civilisation, de ses lois et de ses mœurs.

(1) Ortolan. — *Histoire*, t. I. « Les Empereurs. »

Quels qu'aient été les désordres inévitables de l'invasion, les spoliations locales et les rigueurs individuelles, les droits de la masse furent en effet sauvegardés. « Confondues sur le même territoire, les deux nations conservèrent des mœurs et des lois distinctes qui engendrèrent cette espèce de droit civil appelé *droit personnel* ou *loi personnelle* par opposition au *droit territorial;* dans le même pays, dans la même ville, le Lombard suivait la loi lombarde, le Romain suivait la loi romaine. L'esprit des lois personnelles régnait également parmi les individus des diverses tribus germaniques et les Francs, les Bourguignons et les Goths vivaient sur le même sol, chacun d'après son droit. » Ainsi s'explique le passage suivant d'une lettre d'Agobardus à Louis-le-Débonnaire : « On voit souvent converser ensemble cinq personnes dont aucune n'obéit aux mêmes lois (1). »

Toutefois, si cette politique fut consciencieusement observée chez les Visigoths et les Burgondes, il n'en fut pas de même chez les Francs; ils aimaient la guerre avec passion, ils ne redoutaient pas une mort qui allaient leur permettre de jouir des suprêmes félicités de Walhalla..... La conquête devait se ressentir du rude caractère de ces peuplades; aussi dans le principe, croyons-nous, la loi du vainqueur est seule appliquée; c'est d'après la loi salique que sont jugées toutes les contestations, les vaincus sont dans une situation inférieure, moins

(1) Savigny.—*Histoire du droit romain au moyen âge*, t. I, p. 89.

dignes de protection. Mais Clovis modifie cet état de choses, il cède aux instances du clergé et admet le droit romain. En 560, nous trouvons une constitution de Clotaire qui reconnaît formellement aux sujets Romains la faculté d'invoquer leurs lois nationales « Inter Romanos negotia causarum Romanis legibus præcipimus terminari (1), » et, dans les formules de Marculfe, une circulaire adressée aux fonctionnaires publics, où il leur est recommandé de juger chacun d'après la loi de son origine (2). Il n'y avait pas cependant chez les Francs, comme chez les Bourguignons et les Visigoths, de recueils officiels de droit romain; mais le *Breviarium Alarici*, code spécial rédigé pour les Gallo-Romains soumis à la domination des Visigoths, avait été joint au recueil général des lois et servait à déterminer la condition des habitants d'origine romaine.

Au milieu de cette inexprimable confusion de législations et de peuples qui a été la suite de l'invasion barbare, une règle uniforme existe donc : *Chacun est régi dans sa personne, quel que soit son domicile, et dans ses biens, quelle que soit leur situation, par la loi de son origine :* si, à côté de ces lois particulières, nous trouvons des lois générales également obligatoires pour les Romains et les Germains *(Capitularia)*, elles ne constituent qu'une exception. Le sentiment de l'individualité prédomine;

(1) *Recueil des historiens des Gaules et de la France*, t. IV, p. 116.
(2) MARCULFE. — *Monarchi formularum lib. I.*

les races diverses coexistent; elles ne sont pas encore mêlées.

Mais la souveraineté ne va pas tarder à perdre les caractères dont l'a marquée la royauté barbare; elle se modifie peu à peu et se dissémine dans la hiérarchie féodale; des éléments hétérogènes se rapprochent et se groupent pour former un tout; l'unité est locale avant de devenir nationale. La loi suit à cette époque les destinées des institutions politiques: elle se transforme et de personnelle devient territoriale; le sol et tout ce qui s'y rapporte acquiert alors une influence extraordinaire. « L'homme est en quelque sorte possédé par la terre (1). » — « La condition humaine est l'accessoire de la terre (2). »

Quelle est la cause de ce phénomène. Les historiens sont loin de s'entendre:

D'après les uns, il serait uniquement dû à la volonté des seigneurs, qui, après la mort de Charlemagne, recouvrant leur indépendance et leur audace, transforment en fiefs héréditaires les bénéfices qui leur avaient été concédés à titre purement viager, usurpent ainsi une portion du territoire, et, législateurs en même temps que propriétaires, entendent régler souverainement les biens qui constituent la seigneurie, les personnes qui s'y trouvent et les contrats qui s'y passent. — C'est la création

(1) MIGNET. — *De la Féodalité*, partie I, ch. 3.
(2) LAFERRIÈRE. — *Histoire du Droit*, t. IV, p. 420.

d'un droit nouveau, conséquence du pouvoir absolu que se sont arrogé les grands vassaux.

D'autres, et nous préférons leur système, attribuent principalement cette transformatoin au relâchement successif des liens qui unissaient entre eux les hommes de même race : peu à peu les anciennes distinctions d'origine nationale s'effacent ; la nouvelle organisation sociale en fait perdre le souvenir ; l'autorité royale se divise alors entre ceux qui l'ont pendant si longtemps battue en brêche. Les châteaux s'élèvent et autour d'eux viennent se grouper les habitants des contrées voisines ; ils cherchent un protecteur, ils vont trouver un maître.

Mais cette loi territoriale n'est pas nouvelle ; le seigneur l'adopte, il ne la crée pas. Comment en effet est organisé le pouvoir judiciaire à cette époque ? Il réside, nous le savons, dans l'assemblée des hommes libres, qui appliquent la loi du plus grand nombre ; c'est cette loi personnelle qui peu à peu devient celle du territoire. Refoulés par les Barbares derrière la Loire, les Romains y font prévaloir leurs institutions, et le droit romain devient la loi territoriale du Midi de la France, tandis que les autres lois personnelles y tombent en désuétude. Dans le Nord au contraire, les Germains s'installent en majorité ; les lois personnelles barbares deviennent les coutumes territoriales.

Quoi qu'il en soit, le mouvement général des faits sociaux fait surgir une nouvelle conception du droit

de souveraineté, de nouvelles idées sur les rapports de sujétion et de nationalité. Chaque régnicole est soumis à une série plus ou moins considérable de pouvoirs superposés les uns aux autres; et parmi ces pouvoirs, celui qui pèse plus spécialement sur lui, c'est celui qui réside dans la personne du seigneur sur le territoire duquel il est domicilié (1). — Etre ou n'être pas sujet, signifie alors vivre dans la seigneurie ou en dehors; l'individu n'a plus d'autre loi que celle de la terre sur laquelle il vit; les limites de la châtellenie bornent son horizon : s'il les franchit, il devient étranger par le fait de sa sortie; s'il pénètre sur un autre territoire, il est soumis à la loi commune de ceux qui l'occupent et tombe, par le fait de son entrée, sous le coup de l'autorité souveraine.

Époque d'isolement et de despotisme! « Époque confuse où la législation, frappée de l'empreinte de la féodalité, variait dans chaque partie d'un même royaume, époque où l'on n'avait qu'à traverser une rivière, qu'à franchir une chaîne de montagnes, pour se trouver régi par des lois différentes (2). »

Tels étaient les deux principes de la personnalité et de la réalité. — « Ils étaient faux l'un et l'autre, tout en renfermant chacun un élément de vérité. Ils étaient faux parce que les lois personnelles des Barbares ne tenaient aucun compte de l'État et de

(1) Brocher. — *Droit international privé.*
(2) Ortolan. — *Histoire de la législation romaine*, p. 538

ses droits, elles ne connaissaient que l'individu ; tandis que les lois réelles de la féodalité faisaient de l'homme l'accessoire du sol et l'assujettissaient à la souveraineté qui y était attachée. A force d'exalter la personne, les Barbares détruisaient la société générale, sans laquelle l'individu ne peut pas vivre ; et à force de réagir contre toute loi étrangère, la féodalité méconnaissait la personnalité humaine dont la loi est l'expression (1). »

Mais, peu à peu, ces données brutales et entières se modifient ; après le calme et la stabilité qui avaient succédé au tumulte des invasions, on éprouve le besoin de reprendre une vie plus active, les communications deviennent plus fréquentes ; deux idées s'imposent alors à l'esprit des penseurs : la mobilité naturelle des personnes et l'absolue nécessité de les conserver identiques à elles-mêmes. Les jurisconsultes commencent à comprendre les inconvénients de la réalité exclusive des coutumes. Bartole (1313-1359), le premier, émet la théorie des statuts « (statuta realia, personalia, mixta) » que nous ne trouvons du reste chez lui qu'à l'état d'ébauche et qui n'apparaîtra plus complètement développée que vers la fin du XVIe siècle (2). Rodenburgh, trois siècles plus tard (1649), après avoir posé le principe de la réalité, observe que son application, en faisant varier l'état des personnes selon les pays divers qu'elles traversent, produira de fâcheux résultats. — « Rerum

(1) LAURENT. — *Statuts réels et personnels.* — Rev. de dr. int. 1859, t. I, p. 265.
(2) LAWRENCE. *Commmentaire sur le droit international*, III, p. 10.

naturaliter inter se pugna foret, dit-il, ut in quot loca quis iter faciens aut navigans delatus fuerit, totidem ille statum mutaret aut conditionem : ut uno eodemque tempore hic sui juris, illic alieni futurus sit, uxor simul in potestate viri et extra eamdem sit, alio loco habeatur quis prodigus, alio frugi..... (1). »

Hertius, Kent, Livermore, Boullenois et beaucoup d'autres, reconnaissent la vérité de ces assertions et admettent que, « pour l'utilité commune et en vue d'une certaine nécessité sociale », il était indispensable de rendre l'état des personnes fixe et invariable et par suite d'accorder à certaines lois une valeur extra-territoriale. C'est ainsi que s'établit la célèbre distinction des statuts réels et personnels : le principe reste le même, réalité des coutumes, mais à ce principe une importante exception est apportée : toutes les lois qui concernent la personnalité juridique de l'individu sont mises à part, sous le nom de *statut personnel*, et l'accompagnent partout, tandis que les lois réelles s'arrêtent aux limites du territoire pour lequel elles ont été édictées. — Restreinte d'abord aux parties d'un même état, cette théorie est bientôt adoptée dans les rapports des nations entre elles. — « In personam constituit lex, dit Hertius, quando personam afficit et quidem primariè ; nihil enim obstat si secundariè et vil egis jus aliquid, vel acquirendi rem, vel disponendi

(1) Rodenburgh. — *De jure quod oritur ex diversitate statutorum*, p. 25.

de eâdem, tribuitur (1). » — « Realia sunt, dit Voet, quæ rem principaliter afficiunt et circa rem aliquid disponunt, sive personæ mentio facta sit, sive non; sive modo primaria mens statuentis sit, non de personis, sed de rebus disponere (1). »

La plupart des jurisconsultes acceptent volontiers ces définitions et chacun aussitôt se met en devoir de déterminer la nature de chaque statut; mais alors les difficultés commencent, les discussions s'élèvent. — Nous n'en ferons pas l'histoire. — Voet avoue que les controverses sur la personnalité et la réalité des statuts sont presque insolubles; le président Bouhier déclare « qu'il n'y pas de questions plus intriguées et plus épineuses (2). » Partout le doute, partout l'incertitude. — « Il me semble voir, disait un auteur moderne qui a écrit un traité sur les statuts, d'habiles maîtres dans l'art de l'escrime, commencer par se bander les yeux, se livrer ensuite les plus rudes assauts, et aidés d'une certaine industrie résultant de l'habitude et de l'instinct, se rencontrer quelquefois (3). »

Quoi qu'il en soit, cette doctrine était un progrès : au rapport de sujétion géographique et territorial des anciens temps, elle substituait l'idée de la relation libre et volontaire qui unit l'individu à l'État, grande innovation, dont on trouve la cause dans les besoins pratiques de l'époque, et qu'il est réservé

(1) Hertius. — *De collisione legum*, sect. 2, p. 4.
(2) Voet. — *Comm. ad. Pand;* tit. *de statu.*
(3) Bouhier. — *Observations sur la coutume de Bourgogne.*
(4) Mailher de Chassat. — *Traité des statuts*, p. 33.

au mouvement philosophique des siècles postérieurs d'asseoir sur une base solide et juridique ! On reconnaît enfin que l'émigration constitue un droit naturel de l'homme, qu'elle est une des formes de la liberté individuelle dont l'exercice ne saurait être entravé. De la nationalité on se fait une idée nouvelle, on comprend que l'individu par cela seul qu'il franchit une frontière, ne perdant pas les caractères déterminants qui lui ont fait attribuer sa nationalité, il est juste dès lors de ne pas modifier les qualités qui constituent sa personnalité juridique ; désormais, tant que les liens qui l'unissent à sa patrie ne sont pas brisés par la dénationalisation, le législateur veut conserver sur lui l'autorité et les droits que lui confère la communauté d'origine.

THÉORIE GÉNÉRALE

SECTION I. — UNITÉ DE LÉGISLATION

Pendant bien longtemps et maintenant encore, selon beaucoup d'auteurs, cette application des lois étrangères sera, en droit, subordonnée au bon vouloir de l'État sur le territoire duquel elles sont invoquées.

C'est, disent-ils, la conséquence nécessaire de la

souveraineté et de l'indépendance réciproque des États ;—*souverains*, ils affectent par leurs lois, obligent et régissent de plein droit toutes les propriétés mobilières et immobilières qui se trouvent sur le territoire, comme aussi toutes les personnes qui l'habitent, qu'elles y soient nées ou non, comme aussi tous les contrats passés, tous les actes consentis ou perpétrés dans ses limites ; — *indépendants*, ils sont libres de faire abstraction des lois étrangères, de telle sorte que les diverses autorités, auxquelles est dévolue dans chacun d'eux une partie de la puissance publique, n'aient jamais qu'à appliquer les lois nationales. — Si donc une loi étrangère est invoquée sur le territoire d'un État, l'application qui en pourra être faite ne sera qu'une concession courtoise de l'autorité souveraine ; l'utilité reconnue de cette application, l'espoir d'une concession réciproque, tels en pourront être les motifs. C'est ainsi que par suite d'un accord presque universel entre les peuples, les lois qui concernent l'état et la capacité des personnes régissent les nationaux en quelque pays qu'ils se trouvent. — Théorie déjà ancienne mais qui a été reproduite avec talent de nos jours par Fœlix, Story, Wheaton, Calvo, et notre éminent maître M. Valette.

Malgré l'autorité des interprètes, nous ne croyons pas à la légitimité de cette doctrine. Les divers auteurs qui l'ont soutenue, s'ils se sont rencontrés sur quelques points, n'ont jamais réussi à se mettre complètement d'accord ; leurs interminables disputes

et les défaillances singulières dont de grands esprits, comme Dumoulin et Merlin, nous ont donné le spectacle, sont la preuve des vices internes de la distinction qui sert de base au système. Outre les difficultés que présente son application, à quoi en effet se réduira la valeur de cette distinction si l'on admet que les États étrangers, à leur tour, pourront opérer une subdivision, reconnaître à certaines lois personnelles une valeur extra-territoriale, refuser à d'autres le même bénéfice? Comment comprendre que la « comitas gentium », la « reciproca utilitas » puissent servir de point de départ dans la solution de questions purement juridiques.

Nous préférons nous rallier à la doctrine plus élevée de MM. Fiore, Mancini, Laurent, Brocher, Renault (à son cours). Selon ces savants jurisconsultes, les lois, expression de nos sentiments et de nos idées, de notre individualité en un mot, sont naturellement personnelles; si quelques-unes d'entre elles s'appliquent plus spécialement aux biens, elles ne s'en occupent du moins que pour l'utilité commune des personnes qui restent le but essentiel du législateur; tout se rapporte à l'individu et à son perfectionnement; chaque législation positive porte l'empreinte des usages, des traditions et de la civilisation d'un peuple (1); les lois doivent donc s'appliquer à ceux-là seulement pour qui elles ont été faites, mais aussi elles doivent les accompagner en tous lieux.

(1) Fiore. — *Droit international privé*, p. 49.

Il ne faut pas considérer l'application des lois étrangères aux étrangers comme une concession bienveillante, comme un acte de courtoisie internationale : c'est un devoir auquel l'État ne peut en général se soustraire. Qu'*en fait* ce devoir puisse être méconnu, qu'*en fait*, tous les effets qu'une loi étrangère produira sur un territoire soient dus au bon vouloir, à la tolérance de ceux qui l'occupent, nous n'y contredirons pas ; mais devons-nous placer les faits à la hauteur des principes juridiques et légitimer ainsi les abus ?— Le droit doit s'élever au-dessus de ces mesquines considérations ; des sphères supérieures qui lui ont été assignées, il peut contempler sans crainte le cours des évènements ; la force brutale portera parfois atteinte à son libre développement, tôt ou tard il reprendra son empire, et toujours finira par triompher.

On nous a reproché de ne pas tenir un assez large compte de la souveraineté de l'État. La souveraineté, a-t-on dit, est une, indivisible ; elle s'étend sur toutes les personnes qui habitent le territoire, sur toutes les choses qui s'y trouvent ; vous la violez en admettant la personnalité des statuts. — Le résultat logique de cette théorie, c'est la négation de tout statut personnel ; mais cette inexistence par qui est elle soutenue ? et ceux-là même, qui invoquent l'indivisibilité de la puissance souveraine pour combattre nos idées, n'admettent-ils pas qu'il y a des lois dont les effets doivent se produire en dehors des limites du territoire ? Ce qu'ils considèrent comme

l'exception, nous le considérons, nous, comme la règle générale. C'est une question de plus ou de moins ; la souveraineté n'en est pas moins atteinte, si atteinte il y a, dans un cas comme dans l'autre. Pourquoi d'ailleurs admettre deux principes différents pour les personnes et pour les choses ? Les personnes ne sont-elles pas le principal, les choses l'accessoire. Si la loi étrangère régit ses nationaux quant à leur personne, pourquoi ne les régirait-elle pas quant à leurs biens ? — « La souveraineté, certes, n'en sera pas diminuée ; elle l'est moins en tout cas pour les biens que pour les personnes, car elle doit tenir à son empire sur les âmes beaucoup plus qu'à son action sur les corps (1). »

Cette puissance souveraine de l'État, du reste, nous en tenons compte dans une certaine mesure, et c'est pour qu'elle soit respectée que nous allons introduire une exception à notre principe. Fiore la restreint en ces termes : « De la même manière que dans la société civile l'exercice de la liberté individuelle ne peut être limité que dans les cas où elle blesse les droits des autres individus, avec lesquels on coexiste, ou les droits généraux de la masse au milieu de laquelle on vit, de même les droits de chaque nation, comme pouvoir souverain, ne peuvent être limités que dans le cas où ils offensent les droits des autres souverainetés. » — A la base de chaque législation on trouve un certain nombre de principes fondamen-

(1) Laurent. — *Revue de Droit international*, 1869.

taux, à la stricte et générale observation desquels est intéressée l'existence même de l'association. L'État ne peut admettre qu'un de ces principes soit méconnu, sous peine de compromettre les intérêts qui lui sont confiés. C'est pour lui plus qu'un droit, c'est un devoir. Si donc une loi étrangère est invoquée, dont l'application soit de nature à porter atteinte à un de ces principes fondamentaux, l'État a le droit de la repousser, comme aussi il a le droit d'étendre aux étrangers, qui se trouvent sur son territoire, les lois nationales qui sont l'expression de ces principes.

Quel critérium pourrions-nous adopter? Quelques auteurs ont proposé de prendre comme pierre de touche l'ordre public : la loi étrangère est-elle en contradiction avec un principe d'ordre public, repoussons-la ; cette distinction ne nous semble pas juridique : l'ordre public ! c'est un terme bien vague et dont on a beaucoup abusé ; les lois sur le service militaire, les lois sur l'état et la capacité des personnes n'intéressent-elles pas au premier chef l'ordre public? un citoyen pourrait-il impunément y déroger? Non évidemment, et cependant nous ne les appliquerons pas aux étrangers ; elles sont d'ordre public, mais elles ne sont faites que pour les membres de l'association. Ne vaudrait-il pas mieux, sans chercher un critérium qui serait sans doute inexact, dire simplement que, l'on doit, lorsqu'il s'agit d'appliquer une loi étrangère sur le territoire d'un État, se demander si l'application de cette

loi ne préjudiciera pas à l'État, lorsqu'il s'agit de suspendre, en faveur d'un étranger, l'application d'une loi nationale, se demander encore si cette suspension n'est pas contraire à un principe fondamental? Il y a là une question de fait, une question de circonstances, toute d'appréciation, et qui variera selon les mœurs et les origines du pays dans lequel nous nous placerons.

Mais, cette question si difficile, à qui en confierons-nous l'examen? — De ce que les lois n'ont pas de force coactive en dehors du territoire sur lequel s'étend la puissance souveraine dont elles émanent, nous en arrivons naturellement à conclure que c'est à l'État dans lequel une loi étrangère est invoquée qu'il appartient d'apprécier l'innocuité de son application. Chaque nation civilisée possède un corps de fonctionnaires chargés de rendre la justice au nom de l'État. Ce sont ces fonctionnaires qui auront à décider, en s'inspirant des principes du droit public, des qualités inhérentes à l'association dont ils sont les mandataires, des mœurs de leurs concitoyens et de l'opinion des auteurs, si l'application d'une loi étrangère est de nature à compromettre les institutions publiques, morales, religieuses, économiques de l'État, qui constituent des règles d'intérêt général, établies pour la sauvegarde et la conservation de la société. Dans l'accomplissement de cette délicate mission, le pouvoir judiciaire, dégagé des idées étroites des anciens temps, et suivant avec intelligence le développement progressif du droit interna-

tional, apportera cet esprit d'impartiale justice qui presque partout le distingue et saura concilier les droits de l'étranger qui aura recours à lui et les intérêts de l'État dont il est chargé de défendre les institutions.

Nous avons tenu à asseoir sur une base solide le principe général qui va nous servir de point de départ dans cette étude — *l'état des personnes doit avoir un caractère fixe et invariable, indépendant des pérégrinations diverses de l'individu.* — Mais nous devons remarquer que l'admission de cette règle est indépendante de l'opinion que l'on peut avoir sur l'importante question que nous venons de traiter; tous les auteurs en effet, les partisans de la distinction des statuts réels et personnels, comme ceux qui défendent le principe de la personnalité générale des lois, sont d'accord pour reconnaître que l'état et la capacité des personnes doivent être régis par une seule et même loi.

Mais cette loi unique et immuable qui s'attache à l'individu et le suit partout, pour laquelle les défenseurs les plus ardents de la maxime — « Leges non valent extra territorium statuentis » — ont consenti à abaisser les rigoureuses barrières qu'ils avaient élevées entre les Etats, quelle doit-elle être? — Les controverses reprennent avec une nouvelle force.

Nous croyons que la LOI NATIONALE, c'est-à-dire la loi promulguée par l'autorité souveraine du pays auquel l'individu appartient, a ce privilége d'exterritorialité. Le législateur qui l'a édictée est le plus

apte à apprécier l'étendue et le développement des facultés physiques et intellectuelles de l'individu, d'après les circonstances climatériques, les mœurs, les qualités inhérentes à sa nature (1). Ces qualités ne doivent pas être sensiblement modifiées par le séjour à l'étranger, et tant que l'individu n'a pas témoigné expressément, par un changement de nationalité, son intention de se dérober aux exigences de sa loi nationale, il doit y rester soumis. — Huber, Burge, Story, Merlin, Froland, Fœlix ont adopté cette théorie et reconnaissent que la loi du lieu d'origine suit l'individu jusqu'à sa naturalisation. — Remarquons du reste qu'au lieu d'employer notre expression de *loi nationale*, quelques-uns des auteurs que nous venons de citer se sont servis de l'expression *loi du domicile ;* il y a dans cette différence de langage une source d'erreurs sur laquelle nous devons nous expliquer. Autrefois, alors que l'unité de législation n'existait pas, que chaque province avait ses mœurs, chaque village ses coutumes, qu'en France notamment, selon la pittoresque expression du patriarche de Ferney, on changeait de lois à chaque relais, il n'était pas possible de parler de *loi nationale*. A l'expression moderne que nous adoptons devait correspondre nécessairement celle de « *loi du domicile d'origine*. » Beaucoup de commentateurs, sans songer à l'équivoque à laquelle pouvait donner lieu l'abréviation qu'ils employaient, se sont contentés d'écrire *loi du domicile* et c'est ainsi

(1) Henrys. — On foreign law, p. 5 and 6.

que nous voyons les véritables partisans de la « loi du domicile, » c'est-à-dire, ceux qui admettent que le statut personnel doit changer avec le domicile, revendiquer au nombre des leurs des adversaires acharnés.

A notre principe de l'extension des lois en dehors du territoire, nous devons apporter une seconde exception : elle est contenue dans l'ancienne règle « locus regit actum. » — Dans tout acte, dit Fœlix, on distingue deux parties, deux éléments : « la forme » et la « substance ; » tout ce qui regarde la capacité des personnes, le consentement des parties, la validité de l'engagement, les effets des actes, tout cela appartient à la matière, tout cela est compris sous le nom de « solennités internes ; » tout ce qui contribue au contraire à constater et à conserver l'expression du consentement, c'est-à-dire l'ensemble des garanties dont chaque législateur prend soin d'entourer la passation des actes, appartient à la « forme, » ce sont les « solennités externes » : tantôt ce sera la rédaction d'un écrit destiné à en conserver le souvenir ; tantôt ce sera la présence d'un officier public dont l'intervention assurera la liberté des consentements, etc... Or, c'est un principe aujourd'hui généralement consacré par l'usage des nations que la forme extrinsèque, tant des actes juridiques que des actes instrumentaires, conventions, dispositions, déclarations, aveux et écrits destinés à les constater, doit être régie par la loi du lieu où ils ont été conclus, passés et rédigés, en ce sens qu'il suffira pour leur validité

d'observer les formalités prescrites par les lois locales; quelles que soient les formalités exigées dans les autres pays, les actes ainsi passés y seront pleinement valables et produiront les mêmes effets sur les biens, meubles et immeubles, que si les formalités prescrites par la loi de la situation avaient été remplies. — « Les lois qui règlent la forme des actes, étendent leur autorité tant sur les nationaux que sur les étrangers qui contractent ou disposent dans le pays et elles participent en ce dernier sens de la nature des droits réels. »

Ce principe s'applique à tous les actes licites de l'homme, conventionnels ou autres : actes de l'état civil, contrats de mariage, donations, testaments, conventions à titres onéreux etc.; les formes extrinsèques de tous ces actes sont déterminées par les lois locales.

Quel est le fondement de cette règle? — Elle repose, croyons-nous, sur la nécessité des relations sociales, sur l'intérêt commun des nations qui se trouverait lésé si les sujets d'un État devaient nécessairement se conformer aux lois de leur pays, quel que fût le lieu de leur résidence : cette prescription équivaudrait en effet le plus souvent à une interdiction absolue et mettrait obstacle, en arrêtant l'émigration, au libre développement de l'activité humaine. Aussi notre maxime a-t-elle été depuis longtemps pratiquée dans la plupart des pays civilisés, et est-elle généralement adoptée par les juris-

(1) Fœlix. — *Droit international.*

consultes. — Parmi les auteurs modernes, trois seulement la repoussent : M. Eichborn, M. Muhlenbruck et M. Hauss, qui a voulu l'appliquer, non seulement à la forme, mais encore à la substance des actes, et qui n'ayant pu parvenir à justifier son système, dans toute son intégrité, a préféré le rejeter entièrement en cherchant uniquement dans la volonté expresse ou tacite des parties la base de l'application des lois locales, quant à la forme et quant à la substance. (1)

L'interprétation de cette règle de droit international a soulevé deux grandes questions :

I. — Vise-t-elle les actes authentiques comme les actes sous seing-privé ? En un mot, une loi exigeant en certains cas la présence d'un officier public, comme mesure de protection et de capacité pour ses nationaux, est-il possible d'échapper aux prescriptions de cette loi en franchissant la frontière ? — Nous pensons que la règle « locus regit actum » est générale et doit s'appliquer quelle que soit la nature de l'acte. Les mêmes raisons militent en effet dans tous les cas en faveur de son utilité.

II. — Est-elle impérative ou simplement facultative ?— Cette question, très controversée dans l'ancien droit, était généralement résolue, sous l'influence des idées féodales, dans le sens de l'affirmative. Nous verrons plus loin le système que semble avoir consacré le législateur français ; qu'il nous suffise à présent de remarquer que nous avons considéré les lois comme naturellement person-

(1) E. Hauss. — *De la condition des étrangers en Belgique*, p. 37.

nelles, que dès lors la soumission des individus aux lois de leur nation doit constituer la règle; l'emploi des formes usitées dans le lieu de la résidence est une exception à cette règle; cette exception a été introduite non pour gêner, mais pour faciliter les transactions, c'est une faculté qui est offerte et non un devoir qui est imposé. Nous croyons donc que deux individus peuvent contracter en pays étranger selon les formes usitées dans leur patrie, pourvu qu'ils soient à même de pouvoir les observer. L'État auquel ils appartiennent devra reconnaître la validité de l'acte ainsi passé et l'État sur le territoire duquel ils se trouvent n'aura, en général, aucune raison pour n'en pas faire autant, car cette observation de formes étrangères ne portera pas atteinte à sa souveraineté. — Nous avons supposé, bien entendu, que les deux contractants appartiennent à la même nationalité, car si l'un d'eux était sujet de l'État sur le territoire duquel l'acte est passé, n'ayant aucun caractère pour se servir de formes étrangères, il ne pourrait employer que les formes nationales et son incapacité s'étendrait à son co-contractant.

SECTION II. — UNITÉ DE JURIDICTION

Avant d'aborder l'étude approfondie de notre législation sur la condition juridique des Français à l'étranger, et comme complément de la théorie générale que nous venons d'exposer, il nous reste à résoudre un redoutable et difficile problème.

Nous avons posé en principe que l'état des personnes devait être naturellement fixe et invariable. Pour lui donner ce caractère indélébile que, seul, le changement de nationalité aura le pouvoir de détruire, une première chose nous a semblé nécessaire : l'*unité de législation*; nous avons établi dès lors que l'état et la capacité des personnes devaient être régis par une seule et même loi, indépendamment des souverainetés diverses auxquelles pourra se trouver soumis l'individu, et c'est à la *loi nationale* que nous nous sommes arrêtés, parce que, seule, elle nous a semblé, par son origine, remplir toutes les conditions nécessaires.

Mais cette unité de législation suffira-t-elle pour soustraire l'état des personnes aux transformations multiples qui, dans un système contraire, seraient la conséquence inévitable de chaque frontière franchie? — Nous ne le croyons pas, et maintenant qu'il faut décider à quels tribunaux il appartiendra de faire usage de cette loi et de résoudre les difficultés auxquelles son application pourra donner naissance, nous pensons qu'il est indispensable de créer, à coté de l'unité de législation, « l'unité de juridiction » et de proclamer la compétence exclusive des tribunaux nationaux en matière de questions d'état. « L'unité de juridiction » est pour nous le corollaire nécessaire de « l'unité de législation. » — A quoi bon, en effet s'attacher à une seule et même loi si l'on doit soumettre cette loi unique à l'interprétation successive de tribunaux appartenant à des nationalités différentes?

En repoussant la juridiction des tribunaux étrangers, nous n'obéissons pas à un étroit sentiment de défiance qui serait en opposition complète avec toutes nos idées sur la matière, nous n'entendons méconnaître ni la science, ni l'impartialité des juges étrangers, nous croyons seulement que, s'ils ont les qualités suffisantes pour apprécier, en toute liberté d'esprit, les questions qui leur sont soumises, quelle que soit la nationalité des intéressés, une qualité cependant leur fera certainement défaut lorsqu'il s'agira de statuer sur les questions d'état: ce sera la communauté d'origine avec le législateur, qui seule peut leur permettre de comprendre le génie des lois édictées, ce sera la communauté d'intérêts avec l'État auquel appartiennent les parties en cause, sauvegarde salutaire dans la décision de questions qui, presque toujours, touchent à l'organisation intérieure de la société étrangère.

Créées par l'État pour les citoyens, appropriées aux mœurs, au tempérament, au caractère des peuples pour lesquels elles ont été faites, ces lois ne peuvent être salutairement appliquées que par des juges nationaux; règles établies par les pouvoirs légaux pour la bonne organisation du mariage et de la famille, fondement de la société politique, la société civile a le devoir de veiller directement à leur maintien. Pour cela, le droit exclusif de juridiction lui est nécessaire; ce droit réside dans le pouvoir suprême de l'État, il est un des attributs de la souveraineté auquel il ne faut pas

renoncer à la légère; il s'exercera par l'intermédiaire des juges nationaux qui apporteront dans l'exercice de leurs délicates fonctions le tact, la connaissance des hommes et des choses, la saine appréciation des mœurs et des tendances de leur pays, sans lesquelles il serait impossible de ne pas méconnaître le but de législateur. — « De ce que la capacité de celui qui sollicite une naturalisation est réglée par sa loi d'origine, nous concluons à la compétence des tribunaux du pays d'origine pour trancher cette question de capacité. En effet, dans les questions qui touchent à l'ordre public, dans les questions d'état et de capacité, les tribunaux du peuple dont la loi est applicable, ont par cela même compétence. Les juges de la nation dont l'organisation politique, dont le degré de civilisation, dont les mœurs ont inspiré le législateur ne sont-ils pas les meilleurs interprêtes de la loi qui statue sur de semblables questions? — Un tribunal devrait attendre d'une autorité étrangère l'explication de sa loi nationale et s'incliner devant la décision de magistrats étrangers sur un objet qui concerne l'ordre public, l'ordre social de son pays! Cela est inadmissible. » (1)

Cela est impossible, en effet, comme le dit notre savant maître, et le tribunal national ne tiendra pas compte de la décision rendue à l'étranger. Dans aucun État de l'Europe on n'exécutera un jugement qui, en violation des lois de la compétence des tri-

(1) M. Labbé, — *De la naturalisation*. — Journal du Droit International Privé, 1877, p. 5.

bunaux en vigueur dans le même État, aura distrait un régnicole de la juridiction de son souverain, et ce principe devra être appliqué même dans le cas où le régnicole défendeur aurait volontairement plaidé devant les tribunaux étrangers, parce qu'il ne lui était pas permis de renoncer à la juridiction de son pays pour se soumettre à une juridiction étrangère.— A quoi dans ces conditions servirait l'intervention de l'autorité étrangère, sinon à en montrer l'impuissance et à déconsidérer la justice? Nous croyons donc qu'elle devra s'abstenir de prononcer; sa dignité, non moins que la raison, lui en fait un devoir.

Est-il besoin d'ajouter après cela que, pour nous, cette incompétence est absolue? La juridiction des tribunaux nationaux constitue un droit pour l'État, une mesure protectrice pour les sujets. A ce droit, la société pourra renoncer par l'intermédiaire du gouvernement qu'elle s'est donné, mais tant que par un acte solennel, elle n'aura pas reconnu la juridiction des tribunaux étrangers, le consentement des intéressés ne saurait avoir pour effet de dépouiller l'Etat de ce droit primordial et nécessaire. — Juridiction exclusive des autorités nationales, incompétence absolue des autorités étrangères, tel est donc croyons-nous, le principe qui doit éclairer toute cette matière.

L'Institut de Droit International a consacré cette doctrine après une longue et intéressante discussion entre des jurisconsultes aussi impartiaux que distin-

gués, appartenant à différents pays. Le principe a été formulé en ces termes par le rapporteur M. Asser, professeur à Amsterdam. « Dans les procès civils, la « nationalité doit rester sans influence sur la com- « pétence des juges, sauf dans les cas où la nature « même du litige doit faire admettre la compétence « des juges nationaux d'une des parties, comme dans « les procès concernant la nationalité, les questions « d'état et de famille. » (1)

A cette règle générale n'apporterons-nous pas quelques exceptions ? Oui, certes, et lorsqu'il s'agira d'un de ces actes de juridiction, dont le but unique sera de constater un fait, de recevoir une déclaration de volonté, de dresser un écrit revêtu d'une certaine force probante, dans tous ces cas où la question de juridiction semble se confondre avec celles des formes externes, nous n'hésiterons pas à appliquer sans restrictions la règle « locus regit actum »; c'est ainsi que nous reconnaissons volontiers la compétence des autorités étrangères pour la réception des actes de l'état civil ou des testaments, pour l'impression de l'authenticité à certains documents, pleins de confiance que nous sommes dans la valeur de leur témoignage. Mais s'il y a décision, s'il y a appréciation des faits, quelque légère qu'elle soit, l'acte tient alors plus au fond qu'à la forme, nous rejetons la compétence des autorités étrangères.

C'est à dessein que nous n'employons pas les expressions « Juridiction volontaire » et « juridiction

(1) *Revue du Droit international*, 1875, p. 276.

contentieuse »; elles ne nous semblent pas en effet complètement répondre à notre pensée et nous craindrions, en les adoptant, de donner naissance à des confusions. Si la plupart des actes de juridiction volontaire peuvent, en effet, sans inconvénients, être accomplis par l'autorité locale, il n'en est cependant toujours pas ainsi : la procédure de l'adoption, celle du divorce par consentement mutuel, bien qu'il n'y ait pas litige, qu'il s'agisse seulement de vérifier si les parties remplissent les conditions voulues, nous semblent néanmoins devoir être réservées aux tribunaux nationaux, qui, en appréciant les circonstances, en autorisant ou refusant, à la suite de cet examen, l'adoption ou le divorce feront véritablement acte de souveraineté.

D'autre part, les contestations qui peuvent s'élever au sujet de l'état et de la capacité des personnes sont de plusieurs sortes : — 1° elles ont pour objet une modification réclamée en ce qui touche l'état et la capacité d'une ou de plusieurs personnes, il s'agit, par exemple, de faire prononcer un divorce ou une interdiction ; — 2° elles tendent à faire déclarer l'existence ou l'inexistence juridique de tel état, c'est une question de nullité de mariage, de désaveu de paternité qui est soumise aux juges ; — 3° enfin ces mêmes questions sont soulevées, mais d'une façon accessoire. — Dans les deux premiers cas nous n'hésiterons pas à respecter notre principe général, mais dans le troisième ? Son application, nous l'avouons, présenterait de sérieuses difficultés ; et la bonne administra-

tion de la justice pourrait se ressentir des lenteurs qu'entraînerait nécessairement le recours à des tribunaux peut-être très éloignés ; aussi admettons nous la juridiction du tribunal étranger pour trancher une question qui n'est qu'un moyen, un élément de la solution définitive ; si donc il s'agit d'examiner, en ouvrant un code ou en tenant compte d'un jugement étranger, si tel individu est majeur ou mineur, interdit ou muni d'un conseil judiciaire, marié ou divorcé, et si, par suite, il est ou non capable de faire tel ou tel acte, de succéder ou non à telle ou telle personne, nous croyons qu'il y a là une bonne occasion de nous départir de notre rigueur, et que le tribunal étranger, s'il se sent suffisamment éclairé, peut apprécier seul et souverainement le litige qui lui est soumis (1).

Etablissons donc le principe en ces termes : « toutes les fois qu'une question intéressant l'état ou la capacité des personnes s'élèvera d'une façon principale et donnera lieu à une appréciation ou décision quelconques, aux tribunaux nationaux seuls appartiendra le soin de la résoudre. »

Cette règle n'est cependant pas absolue et nous y apporterons une exception analogue à celle que nous avons introduite dans notre théorie de la personnalité des lois. — Si en effet les tribunaux sont spécialement institués pour juger les différends, ils ont aussi pour mission de maintenir le bon ordre sur

(1) Charles Brocher. — *Revue du Droit international privé* 1873, p. 411.

le territoire, quelle que soit la cause du trouble apporté et la nationalité de l'auteur; l'existence même de l'État est intéressée à la répression du désordre ; cette répression est pour lui plus qu'un droit, c'est un devoir. — Si donc la vie commune devient intolérable entre deux époux, nul doute que le tribunal de la résidence ne soit compétent pour protéger la femme contre les violences de son mari ou réciproquement ; — de même si un individu devient subitement fou, nul doute encore que ce même tribunal n'ait le droit de nommer quelqu'un pour veiller à l'administration de sa fortune. — Mais, remarquons-le, les mesures qui seront prises par les autorités étrangères ne devront avoir, en général, qu'un caractère provisoire; motivées par une transformation de l'état de la personne, elles auront seulement pour but de la protéger jusqu'au moment où les autorités nationales auront pu être saisies et pourvoir aux exigences du nouvel état de choses.

« En général », avons-nous dit, car nous pensons que les tribunaux locaux pourraient en certaines circonstances statuer à titre définitif sur les questions d'état qui s'élèvent entre étrangers. Si, en principe, nous leur refusons ce droit, ce n'est pas qu'il nous semble contraire à la règle de leur institution, c'est seulement parce que nous reconnaissons à l'Etat d'origine un droit supérieur de juridiction et que dès lors l'incompétence des juges locaux est nécessaire pour éviter les regrettables conflits qui ne manque-

raient pas de se produire. — Mais si ces conflits sont impossibles, soit parce que nous nous trouvons en face d'individus qui n'appartiennent à aucune nationalité, soit parce que l'Etat auquel ils ressortissent a volontairement et expressément renoncé à son droit naturel de juridiction, par suite d'une négligence coupable, ou d'une confiance illimitée dans les institutions des pays voisins, si, en un mot, la décision du tribunal saisi doit être partout respectée au même titre que les décisions rendues entre nationaux, nous ne voyons aucun motif pour méconnaître sa juridiction, nous croyons même que c'est pour lui un devoir de se déclarer compétent, et nous considérons son intervention comme le complément nécessaire de la protection que tout État civilisé doit à ceux qui se trouvent sur son territoire.

Qu'une législation reconnaisse donc la juridiction des tribunaux étrangers, qu'elle s'engage à faire exécuter leurs décisions, et nous, à notre tour, malgré les dangers multiples que nous avons signalés dans cette application, par des juges français, d'une loi étrangère, nous proclamerons la juridiction nécessaire de nos tribunaux. Mais cette aliénation d'un attribut essentiel de la souveraineté, se trouvera-t-il un État pour la consentir? Cette aléatoire concession de pouvoir, y aura-t-il un législateur qui la voudra faire? Nous ne le croyons pas; si dans la plupart des pays civilisés nous rencontrons une magistrature offrant les plus sérieuses garanties de science et d'impartialité, il y a mal-

heureusement encore quelques exceptions, et le législateur, qui dépouillerait ainsi les tribunaux de son pays au profit de fonctionnaires qu'il n'a pas choisis, et dont il ne peut apprécier la valeur et l'intégrité, manquerait aux règles les plus élémentaires de la protection qu'il doit à ses nationaux.

Tout ce qu'un Etat peut faire, en l'état actuel des législations européennes, c'est, lorsqu'il trouvera un autre Etat avec des lois fondées sur les mêmes principes, avec un corps de fonctionnaires, chargés de rendre la justice, sérieusement organisé et présentant toutes les garanties nécessaires, c'est, disons-nous, de conclure avec cet Etat un traité, qui, autorisant, selon les cas et les circonstances, la juridiction réciproque sur les étrangers, donnera satisfaction aux exigences de la pratique en même temps qu'il ne sera pas contraire aux règles du droit international.

Nous indiquerons en parcourant chaque matière, celles qui déjà ont été visées par des conventions de ce genre, celles qui, selon nous, le seraient facilement encore. — Mais ce qui, au point de vue du but que nous poursuivons, c'est-à-dire l'extinction de l'antagonisme fâcheux qui existe entre les pouvoirs judiciaires des divers États, est plus urgent que tous les traités, c'est l'introduction dans chaque Code d'une disposition conçue à peu près en ces termes : « Nos tribunaux n'ont pas, en principe, le droit de statuer sur les questions d'état qui intéres-

sent les étrangers ; si cependant la législation étrangère reconnaît leur juridictiou, ils devront se déclarer compétents. » L'on éviterait ainsi les conflits regrettables que nous allons rencontrer, et l'on pourrait attendre patiemment que des études consciencieuses et approfondies permissent la conclusion de traités semblables à ceux dont nous signalerons bientôt l'incontestable utilité.

Ainsi, application aux étrangers de leurs lois nationales et, en particulier, de celles qui concernent l'état et la capacité, en tant qu'elles ne sont pas de nature à porter atteinte aux principes fondamentaux qui forment le droit public de l'État où on les invoque, — application, non pas abandonnée au bon vouloir, à la courtoisie du gouvernement, mais constituant pour lui une obligation d'autant plus respectable qu'elle manque de sanction directe et immédiate, — appréciation de l'innocuité de cette application confiée au pouvoir judiciaire, — enfin, renvoi devant la juridiction nationale, seule compétente en principe pour statuer sur les questions d'état, — tel est le résumé de notre théorie.

Descendons maintenant dans le domaine de la pratique et étudions les dispositions des législations positives et, en particulier, de la législation française sur cette importante matière.

Nous nous placerons d'abord exclusivement au point de vue de la loi française et nous verrons comment cette loi règle la condition juridique de ses

nationaux à l'étranger. Puis, mettant notre compatriote en présence des principales législations étrangères, nous examinerons la façon dont il sera traité. Nous nous attacherons plus spécialement à l'étude du Code italien, qui, comme nous le verrons bientôt, a pu bénéficier des dernières observations de la science.

CHAPITRE I

PRINCIPES GÉNÉRAUX DES LÉGISLATIONS POSITIVES ET EN PARTICULIER DE LA LÉGISLATION FRANÇAISE.

« Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant à l'étranger (art. 3). » — Ce principe fondamental de notre Code civil n'est qu'une application de l'ancienne théorie des statuts. Le législateur a considéré comme essentiellement personnelles les lois qui règlent l'état et la capacité et a décidé qu'elles suivraient le Français « dans les régions les plus éloignées, jusqu'aux extrémités du globe. » Les lois personnelles françaises, a-t-il dit, sont faites pour régir tous les Français ; or, par cela seul que l'on se trouve à l'étranger, l'on ne cesse pas d'être Français ; l'émigration est libre, aucune déchéance n'y est attachée, il serait, dès lors, profondément injuste de retirer la protection de nos lois à ceux que de légitimes motifs ont pu engager à aller chercher fortune ailleurs. D'ailleurs, la dignité de notre législation n'exige-t-elle pas que l'on ne puisse, en franchissant la frontière, échapper à son empire? De même qu'il est contraire à la liberté individuelle d'apporter

des entraves à l'émigration ou de frapper arbitrairement ceux qui y ont recours, de même il est inadmissible que des Français puissent se parer à l'étranger de leur qualité, sans relever dans une mesure quelconque de la mère-patrie. — Rien donc n'est plus nécessaire à l'intérêt même des citoyens, et au maintien du bon ordre.

Aussi a-t-on représenté par de vives images cet énergique effet de la loi personnelle qui, s'attachant à l'individu, s'identifiant avec lui, le suit à l'étranger, l'accompagne partout et ne le quitte que le jour où il perd la qualité de Français. « Post equitem sedet! » — « Personam sequitur sicut umbra, sicut cicatrix in corpore! », nous dit M. Demolombe. S'il suffisait, par exemple, à deux mineurs incapables de se marier en France, sans le consentement, les salutaires conseils de leurs ascendants, de quelques heures de chemin de fer et d'une législation plus clémente, pour échapper aux sages prescriptions de la loi française, la souveraineté nationale serait illusoire.

Mais ce principe, proclamé par la législation française et du reste parfaitement conforme au droit international, comme nous avons essayé tout à l'heure de l'établir, est-il respecté chez nous? les lois qui règlent l'état et la capacité des étrangers dans leur pays sont-elles appliquées en France? — Merlin admet sans hésitation l'affirmative à titre de réciprocité. Cette raison ne semble pas satisfaire complètement tous les auteurs qui s'étonnent, à bon droit du reste,

de voir le législateur régler minutieusement la situation du Français à l'étranger et garder un silence profond sur la condition des étrangers en France. Aucun cependant n'ose rejeter absolument notre théorie, mais quelques-uns essaient d'y apporter des tempéraments. Ainsi, M. Valette admet bien comme règle générale que l'étranger est régi par la loi de son pays, mais il suspend l'application de cette règle chaque fois qu'un Français est intéressé à ce qu'elle soit méconnue. « Si l'étranger faisait en France des conventions avec les Français, nous lui appliquerions, relativement à sa capacité, la loi française, s'il résultait un préjudice pour les Français de l'adoption de la loi étrangère. Si donc l'étranger, mineur d'après sa loi, est majeur d'après la loi française, nous lui appliquerons le Code civil, car il n'y aurait plus de sécurité pour les Français qui ont contracté avec lui, si un étranger, âgé de plus de 21 ans, pouvait se faire restituer contre ses engagements en alléguant qu'il est mineur dans son pays (1). »

Pendant longtemps ce système a prévalu dans la jurisprudence, et quelques auteurs s'y sont ralliés, mais il tend heureusement à disparaître. L'opinion absolue que nous défendons présente certainement des inconvénients, mais sont-ils aussi nombreux qu'on veut bien le dire? Il pourra arriver parfois qu'un Français soit victime de l'imprudence et de la légèreté avec lesquelles il aura contracté, mais il

(1) VALETTE sur PRUDHON : — *de l'état des personnes*, t. I, p. 85.

ne faut rien exagérer, et si l'étranger a usé de fraude pour dissimuler son âge, ou sa nationalité, on le punira en conséquence (1)

Deux principes sont en présence ; il faut choisir entre eux : ce sera la loi personnelle de l'étranger qui règlera son état et sa capacité ou bien ce sera la loi française ; entre ces deux systèmes il n'y a pas de place pour un système intermédiaire qui admette arbitrairement tantôt l'une, tantôt l'autre, il faut donc choisir entre les deux et, sans hésitation, nous nous décidons pour la loi personnelle étrangère. Le Code est muet, c'est vrai; mais n'y a-t-il pas une puissante raison d'analogie qui lie la conscience des magistrats? Entre la condition du Français à l'étranger et celle de l'étranger en France où est la différence? La situation est identique, et si, dans un cas, le Code applique la loi nationale, dans l'autre, il ne peut sous peine de flagrante contradiction, appliquer une loi étrangère. Cette contradiction, le législateur avait le droit de la commettre, le juge, lui, ne l'a pas ; dans le silence du Code, il ne peut qu'appliquer une même règle aux mêmes situations.

Parcourons d'ailleurs les travaux préparatoires et nous verrons que si les rédacteurs du Code ne se sont pas formellement exprimés, leur pensée paraît cependant bien évidente.

Le livre préliminaire, rédigé par la Commission, contenait cette disposition : « La loi oblige *indis-*

(1) M. Renault, (*à son cours*).

« *tinctement* tous ceux qui habitent le territoire : « l'étranger y est soumis pour les biens qu'il y pos- « sède, et pour sa personne pendant sa résidence. » M. Tronchet s'élève contre cette rédaction qu'il trouve trop générale. « L'étranger, dit-il, n'est pas soumis aux lois civiles qui règlent l'état des personnes. » Contre ces paroles aucune réclamation, on s'empresse de retrancher le mot « indistinctement » et si l'on ne proclame pas le principe, c'est parce que, « disent MM. Regnier et Regnaud, » les exceptions se trouveront dans les autres projets de loi. »

Néanmoins, malgré cette première concession, le Tribunat, auquel l'article ainsi modifié fut communiqué, le trouva trop vague et pensa qu'il pourrait prêter à des raisonnements faux et dangereux. Dans l'espoir de mettre fin à toute équivoque, il proposa donc une autre rédaction qui fut adoptée et forme l'art. 3 actuel. — La discussion que nous venons de placer sous les yeux de nos lecteurs est la preuve que les bonnes intentions des rédacteurs du Code n'ont pas été couronnées de succès, on ne saurait nier toutefois qu'ils n'aient entendu soustraire les étrangers à nos lois sur l'état et la capacité des personnes, et si, en présence du seul texte de l'art. 3, il est difficile de conclure par un argument à *contrario*, toujours dangereux à employer, des deux premiers paragraphes de l'art. 3. — *Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire — les immeubles, même ceux possédés*

par des étrangers, sont régis par la loi française, — que les lois sur l'état et la capacité des personnes ne s'appliquent pas aux étrangers en France, cet argument rapproché des travaux préparatoires recouvre une force singulière et pourrait presque, à lui seul, inspirer notre décision, si déjà l'équité et la raison ne nous avaient convaincus.

N'oublions pas toutefois le principe expressément contenu dans l'art. 3. « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. » — L'Etat doit avant tout veiller à sa conservation et à sa sûreté ; la faveur que méritent les lois personnelles étrangères ne peut aller jusqu'à autoriser leur exercice en France, quand cet exercice y constitue un délit ou un état de choses contraire à l'ordre fondamental et de nature à porter atteinte aux droits primordiaux de la société. Un Turc invoquer ait donc en vain son statut personnel pour épouser plusieurs femmes, un habitant du Brésil pour y posséder des esclaves.

Tels sont, croyons-nous, les véritables principes. Les tribunaux semblent, depuis quelques années, vouloir les adopter et, si nous appelons de tous nos vœux un texte formel qui mette fin à l'incertitude qui peut s'élever encore, nous devons cependant constater avec plaisir que la jurisprudence française n'occupe pas le dernier rang dans ce mouvement du droit international.

L'examen que nous venons de faire dc la condition des étrangers en France, bien que ne rentrant pas absolument dans les limites de notre sujet, nous

a cependant paru nécessaire. Nous ne pouvions étudier la situation de nos nationaux, à l'étranger sans avoir auparavant montré comment dans notre patrie on traitait les étrangers. Maintenant que nous nous sommes acquittés de ce devoir, nous pourrons exprimer d'autant plus librement notre opinion sur les législations étrangères, que la nôtre, nous venons de le voir, n'est pas complètement exempte de reproches.

Quelles sont les dispositions des divers codes étrangers sur les divers points dont nous nous occupons en ce moment? — Toutes les législations positives consacrent le premier principe et aucune ne songe à renoncer à son autorité sur les nationaux par cela seul qu'ils passent la frontière; dans tous les Codes nous trouvons un article analogue à l'art. 3 du Code civil. — Quant au principe réciproque, sans l'admission duquel le premier resterait à l'état de vaine théorie, les législations diffèrent beaucoup ; il n'est expressément proclamé que dans deux Codes, celui d'ITALIE, art. 6, « L'état et la capacité des person-
« nes et les rapports de famille sont réglés par la loi
« de la nation à laquelle elles appartiennent. » et celui du canton de BERNE qui contient un art. 4 ainsi conçu : « Les lois civiles s'appliquent aux
« personnes et aux choses soumises à la souverai-
« neté de l'Etat. Toutefois les citoyens de Berne à
« l'étranger et les étrangers à Berne seront jugés,
« quant à leur capacité personnelle, selon les lois de
« leur patrie respective. »

Si ces deux pays sont les seuls qui aient sanctionné le principe que nous défendons, il n'en est pas moins appliqué par la plupart des tribunaux, et l'esprit de réciprocité qui est la base du droit international le fait facilement admettre partout où le principe contraire est respecté.

Dans le silence de la législation SUÉDOISE, les tribunaux reconnaissent que les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes suivent les étrangers en Suède.

En RUSSIE et dans les PAYS-BAS où Fœlix prétend que l'étranger est soumis aux lois locales, même en ce qui concerne sa capacité personnelle, nous ne croyons pas qu'il en soit autrement. — M. Asser, dans un article de la Revue du Droit International réfute victorieusement l'assertion de Fœlix et, s'appuyant sur le témoignage d'illustres jurisconsultes russes, établit que la condition des étrangers en RUSSIE est réglée par leurs lois nationales (1). — Dans le Code des PAYS-BAS, un article décide que la capacité personnelle des Néerlandais est régie par leur loi nationale, même quand ils se trouvent à l'étranger. Un autre article porte que le droit civil est le même pour les étrangers et les nationaux; il est donc naturel d'en conclure que l'état et la capacité des étrangers sont régis par leurs lois nationales, même en HOLLANDE.

En AUTRICHE, la capacité personnelle des étrangers pour les actes de la vie civile est en général réglée

(1) ASSER, — *Revue du Droit international* (année 1875)

par les lois de leur domicile et, s'ils n'ont pas de domicile, par les lois du pays auquel ils appartiennent ; souvent même on leur applique leurs lois nationales, qu'ils soient ou non domiciliés hors de leur patrie.

En PRUSSE, c'est par la loi du domicile que l'on règle la capacité personnelle des individus. Ce principe est appliqué tant aux Prussiens qu'aux étrangers (1). Quand le domicile est incertain, on applique les lois du pays d'origine. Il convient toutefois de signaler une dérogation fâcheuse contenue dans le § 35 de l'introduction au Code Prussien : « Cependant un étranger qui contracte dans ce états sur « des objets qui s'y trouvent, doit être jugé, relativement à sa capacité de contracter, suivant les lois « qui favorisent le plus la validité de la convention, » et le § 5 t. I, partie 1re, du Code de Procédure civile : « Toutefois, lorsque l'étranger a atteint « l'âge de 25 ans révolus, les procédures faites « avec lui devant les tribunaux du royaume ne « pourront être attaquées sous le prétexte que la « majorité est fixée à un âge plus avancé par les « lois de son domicile. »

En ANGLETERRE et en ECOSSE, il n'y a pas de loi écrite que nous puissions citer ; la jurisprudence y est assez variable; nous relèverons les décisions des juges anglais à mesure que nous les rencontrerons dans le cours de notre travail.

En AMÉRIQUE, aucune règle de droit positif n'est en vigueur à l'égard de la question qui nous oc-

(1) M. Von BAR, professeur de Droit à Breslau.

cupe : Story affirme que le principe d'après lequel l'état et la capacité des étrangers sont régis par les lois étrangères n'y est pas admis.

Enfin, l'art. 3 du Code civil Français a été reproduit dans les Codes de POLOGNE (Titre préliminaire) et de la LOUISIANE (art. 9), du canton de VAUD (art. 2) et de GENÈVE.

La plupart des législations, nous le voyons, si elles n'ont pas expressément adopté la règle que nous défendons, ne la rejettent point non plus et laissent aux tribunaux une latitude dont ils usent le plus souvent dans un sens parfaitement conforme aux exigences du droit international. Nous devons en outre remarquer que le Code Italien, qui est l'œuvre législative la plus récente et dont les rédacteurs ont pu tenir compte des derniers résultats de la science, consacre formellement notre principe. Il y a là un fait que l'on ne saurait passer sous silence et nous croyons avoir le droit d'espérer, sans courir le risque d'être traités d'utopistes, que désormais aucun Code ne sera promulgué qui ne contienne une disposition analogue à celle de l'art. 6 du Code Italien.

Le Code civil n'a pas formulé d'une façon générale la maxime « locus regit actum » mais il la consacre dans un certain nombre d'articles (47, 170, 999) le législateur semble du reste considérer cette règle comme purement facultative.— Nous étudierons au chapitre de la Filiation les controverses auxquelles son interprétation a donné naissance.

CHAPITRE II

DU DOMICILE

Au moment d'aborder l'étude des divers phénomènes auxquels pourra donner naissance le séjour des Français à l'étranger, il est une première question qui s'impose à notre examen. Nous devons nous demander si, sans faire perdre à l'émigré sa nationalité, l'établissement à l'étranger pourra présenter les caractères qui, en France, constituent le domicile.

Mais avant d'analyser le système adopté par le législateur français, examinons la question à un point de vue général, et indépendamment des dispositions des législations positives, cherchons si, en droit pur, un individu peut être domicilié en dehors du territoire de sa patrie.

SECTION I. — ÉTUDE THÉORIQUE

Qu'est-ce que le domicile? — Le domicile, lisons-nous partout, n'est pas un simple fait, c'est « une relation légale entre une personne et une chose (1), »

(1) DEMANTE. — t. I, nº 127.

c'est « le siège purement moral et juridique que la loi attribue à chaque personne pour l'exercice des droits existants pour ou contre elle (1) » c'est « la relation juridique existant entre une personne et le lieu où cette personne est, quant à l'exercice de ses droits et quant à l'accomplissement de ses obligations, toujours censée présente, quoiqu'elle ne s'y trouve pas à tel moment donné ou même qu'elle n'y réside pas habituellement (2). » — Tout individu a dans la société des devoirs à remplir et des droits à exercer; il ne peut faire l'un et l'autre que par le moyen d'actes et de magistrats. Dans quel lieu les actes doivent-ils se faire? dans quel lieu les magistrats doivent-ils être invoqués? Il est naturel que ce soit dans un lieu déterminé qui constituera alors le domicile.

Entre la théorie des nationalités et celle du domicile il y a, croyons-nous, une grande analogie : de même qu'il importe à la bonne harmonie de la société générale que chaque individu se rattache à un pays, de même il importe que, *dans ce pays*, ce même individu se rattache à un lieu déterminé, où l'on sera toujours sûr de le trouver, devant les autorités duquel on portera les réclamations que l'on pourrait avoir à former contre lui, où il sera tenu d'acquitter les charges imposées aux nationaux, où il jouira de certains droits, de certaines prérogatives.

(1) Marcadé, — t. I, p. 251.
(2) Aubry et Rau, — t. I, p. 575.

Pour que le domicile réponde à toutes ces idées, il importe que les deux éléments du rapport qui le constitue rentrent dans la même juridiction, que l'individu soit membre d'une nation, que le lieu soit une parcelle du territoire de cette même nation. — Comment concevoir, en effet, qu'un individu consente à s'identifier avec une société pour des rapports aussi essentiels que ceux qui résultent du domicile et qu'il hésite à compléter son identification avec la même société pour des rapports politiques? Qu'est-ce, en définitive, qu'un établissement fait en pays étranger sans esprit de retour, si ce n'est le fait de s'y établir avec l'intention d'y rester, de ne pas retourner dans la patrie ; en d'autres termes d'y fixer son domicile? « Un individu ne peut être réputé domicilié à l'étranger que lorsqu'il s'y établit sans esprit de retour. S'il s'y établit avec esprit de retour, il y a non pas un domicile, mais une simple résidence. Il est de règle que le domicile d'origine, le domicile national, comme en général tout domicile, se conserve aussi longtemps qu'il y a esprit de retour, et qu'il n'est perdu que lorsque cet esprit de retour n'existe plus (1). »

Une seule et même règle doit donc présider aux deux faits; la perte de la nationalité ancienne entraîne nécessairement la perte du domicile; l'acquisition de la nationalité nouvelle n'est parfaite qu'autant qu'elle est accompagnée d'un établissement de domicile.

(1) E. HAUSS. — *Du Droit privé qui régit les étrangers en Belgique*, p. 72.

Un des plus éminents jurisconsultes anglais, sir Travers Twiss, Queen's advocate, est allé jusqu'à soutenir « que c'était d'après le domicile qu'il fallait juger de la nationalité. (Domicile the criterion of national character) (1). » — N'est-ce pas du reste la doctrine de Proudhon? « Pour connaître la loi qui règle l'état d'une personne, dit-il, nous observerons que les qualités civiles dérivent essentiellement de l'organisation du corps politique. C'est à rechercher la société civile dont l'homme est membre qu'il faut s'attacher pour découvrir la loi qui régit l'état de sa personne, » — et Proudhon adopte la loi du domicile « parce que le domicile est le signe révélateur de la société dont un individu est membre (1). »

Nous préférons cependant la proposition inverse : « C'est d'après la nationalité qu'il faut juger du domicile. » — Mais quelle que soit la formule adoptée, ce qui ressort avec évidence, c'est la connexité scientifique des deux phénomènes, connexité que ces savants interprètes considèrent comme indispensable pour la bonne organisation du monde civilisé. — Si donc un doute s'élève sur la condition juridique d'un individu, cherchons d'abord à quelle nationalité il appartient, et, ce premier point résolu, cherchons, dans l'État que nous lui aurons assigné, à quelle portion du territoire il se rattache plus spécialement.

Où nous conduirait le système contraire? — Dans toutes les législations, le domicile sert à déterminer

(1) Sir Travers Twiss—*Laws of nations in times of peace*, p. 232.
(2) Proudhon. — *État des personnes*, p. 80.

la compétence en matière personnelle, le lieu où doivent s'exercer certains droits, où doivent s'accomplir certaines obligations. L'émigration doit être un acte parfaitement libre et ne modifier en rien, par elle seule, la position de celui qui y a recours. Si cependant nous admettons qu'elle ait le pouvoir d'opérer un changement de domicile, comment pourront s'exercer ces droits, comment pourront s'accomplir ces obligations? Quelle sera la situation de l'émigré? En matière de questions d'état spécialement, dans la solution desquelles nous considérons, comme un droit pour l'État et pour l'individu, l'intervention des juges nationaux, que va-t-il se passer? Si les lois des deux États en présence sont identiques, l'on pourra à la rigueur arriver à un résultat; mais, si, comme cela arrive souvent, les deux législations sont contradictoires, les juges du domicile consentiront-ils à appliquer des lois étrangères? et si ces lois sont contraires à l'ordre public? — Que l'on suppose, par exemple, un Allemand domicilié en Espagne : le voilà dans l'impossibilité de divorcer, car il ne peut intenter l'action que devant le tribunal de son domicile, et les tribunaux de la Catholique Espagne, en admettant qu'ils ne se déclarent pas incompétents, ne consentiront jamais à appliquer des lois étrangères contraires aux principes fondamentaux de la législation espagnole. D'un autre côté, comme les lois allemandes n'admettent pas la séparation de corps, ils ne pourront non plus la prononcer entre les deux époux.

Qui nous dit d'ailleurs qu'à la perte du domicile dans un État correspondra nécessairement l'acquisition d'un droit analogue dans un autre et que le malheureux expatrié ne se heurtera pas, à quelques jours d'intervalle, à deux déclarations d'incompétence. A quelle autorité supérieure pourra-t-il alors s'adresser pour obtenir la justice qui lui est due ? — Que si, au contraire, un État permet à un étranger d'acquérir un domicile sur son territoire, alors que l'État, auquel appartient cet étranger, ne reconnaît pas la perte de l'ancien, voilà deux tribunaux qui vont simultanément se déclarer compétents et rendre peut-être des décisions contradictoires !

Des impossibilités, des contradictions, des deni de justice et des conflits, tels sont les résultats du système que nous combattons ! — Nous croyons donc qu'en principe l'individu ne peut acquérir, au regard de sa loi nationale, un véritable domicile en dehors du territoire de sa patrie. L'État étranger sera évidemment libre de reconnaître à son établissement un caractère de stabilité suffisant pour lui permettre d'obtenir dans un certain délai la naturalisation, et même d'employer l'expression de « domicile » pour en déterminer la nature, mais ce domicile ne sera pas un véritable domicile, tant que l'individu n'aura pas brisé les derniers liens qui le rattachent à sa patrie ; il pourra lui donner certains droits, lui procurer une condition meilleure sur le territoire où il se sera fixé... ; il n'aura pas le pouvoir de le dégager envers son pays d'origine, de le soustraire à la juridiction des tribunaux nationaux.

SECTION II. — EXAMEN DE LA LÉGISLATION FRANÇAISE

Quel a été le système adopté par le législateur français ? — Les commentateurs sont loin de s'entendre sur ce point.

MM. Demolombe et Fœlix croient qu'en principe tout Français a nécessairement un domicile en France et qu'il ne peut perdre ce domicile sans perdre en même temps sa qualité de Français.

D'autres auteurs sont moins affirmatifs. M. Demante n'ose pas se prononcer. «......., Lors même, dit-il qu'on supposerait, *si toutefois cela est possible*, que le Français, sans perdre sa qualité, aurait acquis en pays étranger un *véritable* domicile » (1).

La plupart enfin adoptent sans hésitation la négative. — Pourquoi le Français n'aurait-il pas un domicile à l'étranger? L'article 102 du Code civil ne distingue pas : « Le domicile de tout Français est au lieu où il a son principal établissement. » Peu importe donc que le principal établissement soit situé en France ou à l'étranger. De ce que le Français est présumé conserver l'esprit de retour en France, on ne peut pas conclure qu'il entende y conserver son domicile. La loi française autorise l'émigration: beaucoup de Français sont établis à l'étranger, y ont tous leurs intérêts ; n'est-il pas juste de les y considérer comme domiciliés? L'art. 69

(1) Demante, — t. I, § 242 *bis*, II.

du Code de procédure, visant ceux qui, n'ayant aucun domicile connu en France, sont établis à l'étranger, ne semble-t-il pas d'ailleurs autoriser cette décision? Enfin l'art. 74 « lorsqu'une assignation à une partie domiciliée hors de France..... » prévoit expressément le cas d'un Français établi à l'étranger? — Tels sont les principaux arguments invoqués en faveur de cette opinion par MM. Demangeat, Dalloz, Aubry et Rau, Renault (à son cours), etc., et une jurisprudence qui se résume en trois arrêts de cassation.

Malgré la valeur des suffrages qu'a ralliés ce système, nous ne saurions l'admettre; rien dans les textes, riendans les travaux législatifs qui en ont précédé l'apparition ne nous paraît légitimer une interprétation que, devant le silence de la loi, la logique nous engage à repousser. Nous avons lu avec la plus scrupuleuse attention les travaux préparatoires: pas un mot, ni dans les procès-verbaux du Conseil d'État, ni dans les observations du Tribunat, ni dans le rapport de M. Mouricault, ni dans le discours de M. Malherbe devant le Corps législatif, n'autorise à penser que le législateur ait songé un seul instant à la possibilité pour un Français d'acquérir un domicile à l'étranger; tous les articles du titre qui nous occupe supposent au contraire qu'il s'agit d'un établissement en France: C'est l'art. 104 qui exige une déclaration à la « municipalité » du lieu où l'on va se fixer; ce sont les art. 106 et 107 qui parlent de « fonctions publiques, temporaires ou

conférées à vie » ce qui vise évidemment des fonctions françaises. L'on nous oppose les art. 69 et 74 du Code de procédure. L'art. 69, 8° et 9°, distingue, dit-on, ceux qui n'ont aucun domicile connu de ceux qui sont établis à l'étranger, mais est-il donc évident que ces 2 paragr. s'appliquent à des Français? L'art. 14 du Code civil permet d'assigner en certains cas des étrangers devant les tribunaux français, les dispositions que l'on nous oppose ne peuvent-elles avoir pour but de régler la façon dont les assignations devront être lancées? Ce qui nous encourage dans cette pensée, c'est que le mode d'assignation entre les mains du ministère public est reproduit de l'ordonnance de 1667, qui le prescrivait précisément pour les actions dirigées contre les étrangers non domiciliés ni résidant en France. Il en est de même de l'art. 74 : il peut très-bien viser uniquement les étrangers assignés devant les tribunaux français. Mais alors même que notre interprétation serait inexacte, qu'est-ce que cela prouverait? C'est que dans ce cas particulier et pour les besoins de la cause, l'exploit ne doit pas être remis au domicile que le Français établi à l'étranger conserve toujours en France. Quant au mot « domicilié » de l'art. 74, peut-il, à lui tout seul, former la base d'une théorie aussi importante? Jeté là peut-être par hasard, ou du moins employé en terme usuel, a-t-il une telle portée? Nous ne pouvons pas le croire. — Mais l'art. 3 lui-même nous fournit un argument. Il est en effet généralement admis que, tant qu'un

Français conserve sa qualité de Français, il reste soumis aux lois françaises, en ce qui concerne son état et sa capacité. Or, comment s'exprime l'art. 3? Dit-il que les lois personnelles régiront les Français à l'étranger, qu'ils soient domiciliés ou résidant? Non, pas du tout: il ne prévoit en aucune façon la possibilité d'une acquisition de domicile, il ne parle que de la résidence. Dès lors comment réglerons-nous la situation des Français domiciliés à l'étranger? leur appliquerons-nous les lois françaises, mais ce serait contraire à l'art. 3, — les abandonnerons-nous? mais que devient alors la théorie de l'extension des lois personnelles? Nous en revenons donc à régler par la loi du domicile la condition des individus et non par la loi nationale, c'est une marche rétrograde. Nous savons bien que nos adversaires, légèrement embarassés par ce mot « résidant », disent qu'il ne faut pas le prendre à la lettre, que le législateur a compris sous cette rubrique tous les Français établis à l'étranger, quelle que soit la nature de leur établissement. N'est-ce pas là une interprétation un peu arbitraire et n'est-il pas mieux d'admettre que cette expression, loin d'être le résultat d'une erreur ou d'une inattention, traduit au contraire exactement la pensée des rédacteurs du Code: en un mot que s'ils ne parlent que des Français *résidant* à l'étranger, c'est que, aux yeux de la loi française, des Français ne peuvent être *domiciliés* hors de France?

Examinons, du reste, la situation inverse. Un

étranger peut-il de plein droit acquérir un domicile en France? Non, il ne le peut qu'à titre exceptionnel, il lui faut pour cela l'autorisation du gouvernement; encore quelques auteurs soutiennent-ils que, tant qu'il est étranger, le domicile ainsi concédé ne saurait être un véritable domicile. — Comment! le législateur aurait admis le principe opposé pour ses nationaux et il ne s'en serait pas expliqué formellement! C'est inadmissibe. — La loi sur le domicile est une loi d'ordre et d'organisation publique. Aussi avec quel soin tout cela est-il réglementé, soit dans le Code civil, soit dans le Code de procédure. Tout français, depuis le moment de sa naissance jusqu'au moment de sa mort, doit avoir un domicile et n'en avoir qu'un seul; il ne peut y renoncer qu'à la condition d'en acquérir immédiatement un autre etc... « Or, dit M. Demolombe, un domicile en pays étranger est. en ce qui concerne la loi française, comme s'il n'existait pas, il ne saurait en aucune façon remplacer le domicile en France. »

Car, si l'on admet un principe, il faut l'admettre avec toutes ses conséquences. Quelles seront-elles alors? Compétence des tribunaux étrangers en matière mobilière et en matière personnelle, successions s'ouvrant à l'étranger, autorités étrangères convoquant le conseil de famille et organisant la tutelle, etc., etc. Voilà, il faut l'avouer, un silence éloquent.

Mais que l'on se rappelle les circonstances au milieu desquelles a été élaboré le Code civil, les res-

sentiments qui accompagnaient les Français allant s'établir à l'étranger, les souvenirs encore vivaces de l'émigration révolutionnaire, que l'on songe enfin que le Premier Consul, qui prenait alors une part si active aux travaux du Conseil d'État, devait, quelques années plus tard, signer les décrets de 1809 et 1811, et, indépendamment de son excellence en théorie, l'adoption du système que nous soutenons paraîtra bien conforme aux exigences pratiques de l'époque impériale.

Pour nous la nationalité et le domicile sont deux idées inséparables. La première condition pour être Français, c'est d'avoir un domicile en France, les articles 9 et 10 du Code civil le déclarent formellement : « Tout individu né en France d'un étranger, tout enfant né à l'étranger d'un ex-Français, pourront acquérir la nationalité française.... pourvu que, dans le cas où il résiderait en France, il déclare que son intention est d'y fixer son domicile, et que, dans le cas où il résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile et qu'il l'y établisse dans l'année à compter de l'acte de soumission ». — Si un Français quitte la France et va s'établir à l'étranger en déclarant à sa municipalité qu'il ne compte plus revenir à son domicile et qu'il entend en acquérir un à l'étranger, de deux choses l'une : ou sa déclaration sera sérieuse et ses intentions devront ressortir de ses actes, car la volonté seule est impuis-

sante à opérer un changement de domicile; alors son séjour à l'étranger présentera tous les caractères de l'établissement sans esprit de retour prévu par l'article 17, 3° du Code civil et entraînera sa dénationalisation; ou sa déclaration ne sera pas confirmée par sa conduite, il n'aura, par exemple, à l'étranger qu'un simple établissement de commerce impuissant à démontrer son intention de ne jamais revenir dans sa patrie; il conservera nécessairement alors en France le domicile qu'il avait au moment de son émigration.

Merlin semble bien admettre que la perte du domicile en France ne peut résulter d'un établissement à l'étranger que si cet établissement a été fait sans esprit de retour. « Ceux qui s'absentent pour des études ou pour des affaires particulières, dit-il, sont toujours présumés conserver un esprit de retour dans leur patrie et *conséquemment* ils ne perdent pas le domicile qu'ils y avaient avant de s'absenter. » — « Les déportés par jugement étant fixés pour leur vie dans lieu de leur déportation, et ne pouvant avoir aucun esprit de retour, il est clair qu'ils ne conservent pas leur ancien domicile » (1).

Citons enfin un jugement du tribunal de Castres confirmé par la cour de Toulouse : « Un français, Armand Bouillet, né dans l'arrondissement de Castres, était mort en Espagne où il était depuis longtemps établi; il s'agit de régler sa succession; une partie des héritiers forme une demande devant

(1) MERLIN. — *Domicile*, § 4.

le tribunal de Castres, l'autre partie oppose un déclinatoire d'incompétence que le tribunal repousse en ces termes : « Attendu que, s'il est vrai que Bouillet eut un domicile en Espagne, ce domicile appelé *résidence* par la loi Française n'est qu'un *domicile de fait*; qu'en conservant sa qualité de Français, il a également conservé son domicile d'origine. » — Appel devant la Cour de Toulouse. « Attendu, dit l'arrêt, qu'Armand Bouillet, n'ayant été appelé dans ce pays que par des intérêts commerciaux, doit être considéré comme ayant conservé un esprit de retour à son domicile d'origine, attendu qu'il a conservé sa qualité de Français et son domicile en France... confirme » (1).

(1) Dalloz.— 1864. 2, 41.

CHAPITRE III

DE L'ABSENCE

L'absent est celui dont l'existence est devenue incertaine par suite de sa disparition insolite jointe au manque de toute nouvelle. Cette incertitude, prolongée pendant 7 ans, suffisait à elle seule, d'après la Constitution de l'an III, pour entraîner la perte de la qualité de Français. S'il n'a plus aujourd'hui les mêmes conséquences, ainsi que nous le verrons au chapitre de la naturalisation, ce fait n'en constitue pas moins un important changement d'état, dont l'intérêt même de l'absent, l'intérêt des tiers, l'intérêt de la société exigent que le législateur se préoccupe.

La loi française divise en trois parties le temps qui s'écoule depuis la disparition, et règle minutieusement les mesures protectrices qui devront être prises par la justice, pendant ces trois périodes, pour sauvegarder tous les intérêts compromis; bien qu'elle n'indique pas expressément le tribunal compétent, il est presque universellement admis aujourd'hui (1), que les juges du domicile seuls peuvent

(1) M. Laurent cependant considère comme également compétents et le tribunal du domicile et les tribunaux de la situation des biens, au risque de donner ainsi naissance à des arrêts contradictoires; mais c'est là, croyons-nous, une opinion isolée.

et doivent prononcer sur l'absence et ordonner les mesures, quels que soient la situation des biens de l'absent et le lieu de sa dernière résidence.

Nous avons à nous demander si le fait d'avoir un établissement à l'étranger et d'y posséder des biens est de nature à influer sur cette solution générale, et quels sont, en ce cas, la loi applicable et le tribunal compétent.

L'absence est une situation juridique de la personne; elle doit donc être appréciée d'après la loi personnelle de chacun et par les tribunaux nationaux, bien que la dernière résidence connue ait été à l'étranger. La plupart des auteurs se sont accordés à reconnaître ce principe, mais ils ne se sont pas entendus sur les conséquences : Rocco, entre autres, a voulu distinguer le fait même de l'absence « fait qui, dit-il, a une attache intime avec l'état de la personne, et partant rentre dans le domaine de la loi personnelle » des effets réels qui en dérivent et qui, selon lui, doivent être uniquement déterminés par la « lex rei sitae. » — « En somme, dit Rocco, après que l'autorité du domicile aura proclamé l'absence, chaque État appliquera les effets juridiques de l'absence par rapport aux biens situés dans ses propres limites, conformément aux exigences des lois territoriales (1). »

Nous ne saurions adopter ce système; nous croyons qu'il donnerait naissance à de nombreuses difficultés et que son application présenterait des inconvénients. Les législations positives en effet

(1) Rocco. — *Diritto, civile internazionale*, partie 3e, ch. XXVIII.

sont loin de consacrer en cette matière les mêmes règles et l'on s'exposerait, en voulant les appliquer conjointement, à de regrettables contradictions.

Nous préférons avec M. Fiore régler par une seule et unique loi, celle dont la personne est sujette, tout le système de l'absence ; la présomption d'absence, la déclaration d'absence, avec tous les effets qui en dérivent, sont, au premier chef, des mesures de protection que chaque souverain a le droit de prendre en faveur de ses nationaux et ces mesures doivent, pour être efficaces, s'étendre aux biens qu'ils possèdent à l'étranger, pourvu toutefois que leur exécution ne soit pas de nature à porter atteinte à la souveraineté territoriale. Ainsi l'absence après avoir été déclarée en France par le tribunal du dernier domicile, sera régie par la loi française qui déterminera, même pour les biens situés à l'étranger, le régime de leur administration et leur sort pendant les diverses périodes. La jurisprudence des tribunaux français et belges s'est fixée dans ce sens : le curateur nommé par la justice à un absent, et les héritiers envoyés en possession provisoire peuvent exercer à l'étranger les droits de l'absent sans avoir besoin d'y faire déclarer exécutoire le jugement prononcé (2). « Considérant, porte un arrêt de la Cour de Douai, que le jugement étranger (qui prononçait l'absence) n'est point invoqué dans la cause à titre d'exécution parée, mais uniquement comme preuve de la qualité des demandeurs (des

(1) Fiore. — *Droit international privé*, p. 167.
(2) Fœlix. — *Droit international privé*, t. II, p. 205.

envoyés en possession provisoire), que les art. 546 du Code de Procédure civile et 2123 sont des lois inapplicables en la matière..... (1). »

Toutefois, ne l'oublions pas, les tribunaux étrangers auront le droit d'apprécier si l'application des lois françaises sur le territoire, est ou non de nature à porter atteinte à la souveraineté de l'Etat. Les questions qui touchent à l'organisation de la propriété relèvent en effet exclusivement de la puissance territoriale et il serait souvent dangereux d'en abandonner la solution à un législateur étranger. De même, si, par suite de l'absence, les biens d'un Français à l'étranger se trouvent en péril et que les tribunaux français restent dans l'inaction, les tribunaux étrangers auront le droit d'intervenir et de prendre les mesures conservatoires que nécessitera la situation; l'ordre général est intéressé en effet à ce que la propriété foncière ne périclite pas.

C'est par une juste application de ces idées que la cour de Douai a encore décidé, le 2 août 1854, que le tribunal du pays où se trouvent les immeubles d'un étranger ne sera pas compétent pour déclarer l'absence de cet étranger, mais qu'il pourra autoriser les mesures de prévoyance pour la conservation du patrimoine, mesures applicables à tous comme mesures de police, tandis que les lois sur l'absence, modifiant l'état de la personne, ne régissent que les nationaux de l'État qui les a édictées (2).

(1) Cour de Douai. — 5 mai 1836.
(2) Cour de Douai. — 2 août 1854.

CHAPITRE IV

DES ACTES DE L'ÉTAT-CIVIL

Il était admis dans l'ancien droit que les transformations de l'état civil à l'étranger devaient être constatées dans les formes locales. Mornac, sur la loi 8, *De ritu nuptiarum*, s'exprime ainsi : « Cum agitur de solemnitate contrahendi, debet servari consuetudo loci ubi celebratur matrimonium, etiamsi et sponsus et sponsa extranei sint, neque enim violare debent peregrini mores regionis in quâ morantur. » Hertius dans son Traité *de collisione legum* tient absolument le même langage. Boullenois (1) établit également que « le mariage étant du droit civil de chaque nation par rapport aux formalités que la loi de chaque pays exige, il est bon et valable dans tout autre dès qu'il a été une fois valablement contracté dans un pays. Ce qui est, ajoute-t-il conforme au concile de Trente (can. 21 session 24, *De reformatione matrimonii*). Le président Bouhier, dans ses observations sur la coutume de Bourgogne, reproduit ce principe en lui donnant une extension

(1) BOULLENOIS. — *Traité des statuts réels et personnels.*

dont nous aurons à apprécier la légitimité lorsque nous étudierons le mariage en lui-même; sur ce point il y avait donc unanimité dans l'ancienne doctrine. Or, ce qui est vrai du mariage l'est à plus forte raison des autres actes de l'état civil (1).

Mais comment fera-t-on la preuve de la réception des actes de l'état civil à l'étranger? Conformément aux usages locaux, nous dit Merlin, par la production d'un document émané de l'autorité étrangère, si l'emploi des registres publics y est connu, par témoins, si ce genre de preuve seul est admis, et il cite à l'appui deux arrêts du Parlement de Paris, rendus sous l'empire de l'ordonnance de Moulins, reproduits par Brodeau, lettre C, § 42.

Lorsque les actes de l'état civil sont consignés sur des registres, les expéditions qui en sont délivrées doivent, pour faire foi en France, être légalisées par la signature de nos consuls (Art. 23 de l'ordonnance de 1681). Mais lorsqu'il est allégué que dans tels pays étrangers la loi ou l'usage s'oppose à ce que les actes de l'état civil soient inscrits sur des registres publics, il faut vérifier ce point de droit local? Avant l'ordonnance de 1667 cette vérification se faisait au moyen d'enquêtes par *turbes;* le titre 19 de l'ordonnance ayant abrogé ce mode de preuve, il a été remplacé partout par la production d'actes de notoriété, procédé que le Parlement a autorisé à maintes reprises différentes.

Cette jurisprudence ne laissait aucune place à la

(1) Merlin. Rép. *Etat civil,* § 2.

compétence de nos agents diplomatiques ou consulaires.Le mariage civil, en effet, était, pour les chrétiens, inséparable du mariage religieux. La déclaration du 15 juin 1697 était formelle à cet égard; si on la rapprochait du principe consigné dans les canons de l'Église et spécialement ceux du concile de Trente que nous venons de mentionner, il en résultait que les mariages ne pouvaient être célébrés dans chaque pays que selon les formes locales, devant les autorités religieuses locales. Les agents diplomatiques ou consulaires n'auraient pu recevoir ces actes que comme officiers civils; or, en tant qu'officiers civils, ils ne pouvaient conférer le sacrement, ils n'étaient donc en aucune façon compétents. Ils n'avaient également aucun titre pour recevoir les actes de naissance et de décès qui ne pouvaient être constatés autrement que par les cérémonies religieuses du baptême et de l'inhumation.

La constitution du 9 septembre 1791 contenait les deux dispositions suivantes : « La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil. » — « Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants sans distinction le mode par lequel les naissances, mariages, décès, seront constatés, et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes. » — Jusqu'à la promulgation de la loi annoncée, l'on était donc régi par les anciennes ordonnances et les curés, seuls compétents pour constater les actes de naissance et de décès, l'étaient

aussi pour célébrer les mariages. Mais nombre de personnes, s'appuyant sur la première disposition et persuadées que le ministère d'un officier civil quelconque suffisait dès lors pour la perfection du mariage, s'unirent, les unes devant les municipalités, les autres devant les notaires, d'autres enfin devant les huissiers, qui après avoir reçu leurs déclarations en avaient dressé des actes en forme.

Ces mariages étaient absolument nuls : la loi du 20 septembre 1792 trouva bon de les valider, (tit. 4, sect. 4, art. 9) mais elle ne réglementa que pour l'avenir la constatation des naissances et des décès. Cette loi ne s'occupait que des actes de l'état civil passés en France ; aussi lorsque s'éleva la question de savoir par qui devaient être dressés les actes de l'état civil des Français à l'étranger, le pouvoir exécutif dut intervenir. S'appuyant sur l'esprit de la loi du 20 septembre 1792, il déclara que les agents diplomatiques ou commerciaux de France à l'étranger pouvaient valablement remplir à l'égard des Français toutes les fonctions d'officier de l'état civil, depuis la constitution du 3 septembre 1791 pour les mariages, depuis la publication de la loi du 20 septembre 1792 pour les naissances et les décès.

La légitimité de ce procédé fut solennellement consacrée par le Conseil d'État dans son avis du 4 Frimaire, an XI, approuvé le 17 du même mois. Ce document, par suite d'une omission sans doute, ne s'applique qu'aux actes dressés par les agents consulaires.

« Le Conseil d'État, — sur la question de savoir si les commissaires des relations commerciales de la République à l'étranger peuvent y recevoir les actes de l'état civil des Français, — Est d'avis : Que l'ordonnance de 1681 et les lois et réglements qui ont déterminé les attributions des agents commerciaux de France à l'étranger n'y ont pas compris les actes de l'état civil parce qu'alors les ministres des cultes étaient exclusivement chargés de les recevoir; mais que depuis, la loi du 20 septembre 1792 ayant confié à l'autorité civile la rédaction de ces actes, les agents de la République à l'étranger ont *pu* et *dû* les recevoir suivant les formes et conditions prescrites par les lois pour trois motifs : — 1° parce que l'obstacle qui s'y opposait dans l'ancienne législation ne subsistait plus; — 2° que cette attribution résultait assez de l'étendue et de la nature de leurs fonctions qui comprennent la juridiction et la réception de tous actes et contrats; — 3° qu'il est juste et conforme aux lois sur la liberté des cultes de faire jouir les Français qui se trouvent en pays étranger du bénéfice de la loi civile nationale. »

Nos agents diplomatiques ou commerciaux s'étaient du reste conformés religieusement aux instructions du gouvernement, et cette procédure était en pleine vigueur lors de la discussion du Code civil; elle fut adoptée sans contestation.

Les Français qui se trouvent à l'étranger ont donc deux moyens à leur disposition pour faire constater

les actes de leur état civil : ils peuvent en vertu de l'ancienne maxime « locus regit actum » s'adresser aux autorités étrangères ou, s'ils le préfèrent, recourir au ministère de nos agents diplomatiques et consulaires.

§ Ier. — RÉCEPTION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL SELON LES FORMES USITÉES DANS LE PAYS.

« Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, *fera foi*, s'il a été reçu dans les formes usitées dans ledit pays » (Art. 47.)

Notre article suppose évidemment que l'acte a été reçu par des officiers étrangers car les agents diplomatiques et consulaires français ne peuvent employer que les formes françaises.

En règle générale, les faits qui sont à constater ne peuvent être prouvés en France que par la production d'expéditions régulières des actes dont la législation étrangère prescrit la rédaction. Cependant nous croyons que l'art. 46 est applicable et par suite la preuve « tant par témoins que par les registres et papiers émanés des père et mère décédés, » admissible, soit qu'il n'ait pas existé de registres ou que les registres aient été perdus, soit que la loi étrangère ne prescrive pas la rédaction de documents destinés à conserver le souvenir des actes de l'état civil (1). C'est donc avec raison que la cour de

(1) AUBRY et RAU, *Droit civil*, § 66.

Paris a décidé le 9 août 1813 que la naissance d'un enfant en Hollande pouvait être constatée par toutes preuves autres que les registres publics dont l'usage était encore inconnu dans le pays (1). C'est ainsi encore que la Cour de Paris s'est contentée, pour admettre la preuve légale d'un mariage contracté aux États-Unis, de l'attestation émanée d'un ministre presbytérien et revêtue du visa des officiers publics des États-Unis, constatant que l'union de C. H. Dussance, sujet Français, avec Anne Élisa Hicks, avait été célébrée le 13 novembre 1858 à Stephenstown, selon les formes usitées dans l'État et que tous les deux ont vécu notoirement comme époux (2).

Aux termes de l'art. 23 de l'ordonnance de 1681 les actes expédiés dans les pays étrangers devaient, pour faire foi en France, être légalisés par nos consuls. Cet article n'a jamais été abrogé expressément, et nous croyons que cette disposition, qui tend à prévenir des fraudes et est en somme facile à observer, doit être considérée comme étant toujours en vigueur.

Il importe du reste de remarquer que l'art. 47 ne parle que de la *force probante* des actes dressés par les autorités étrangères et non de leur validité qui, au regard de la loi française, ne peut toujours dépendre de la loi étrangère. La loi française accorde aux actes passés par des officiers étrangers selon les formes usitées dans leur pays, qu'ils intéressent des

(1) Cour de Paris, 9 août 1813 (Sirey, 1813, II, 310.
(2) Cour de Paris, 20 janver 1873).

Français ou des étrangers, la même confiance qu'à ceux passés en France par ses ministres. En un mot, si l'on apporte à un tribunal Français un acte constatant que deux individus se sont présentés devant un magistrat et ont déclaré qu'ils voulaient se prendre mutuellement pour époux, le tribunal accordera la même confiance à ce témoignage, qu'il émane d'un officier de l'état civil français ou d'un fonctionnaire étranger, compétent selon la loi étrangère. Voilà ce qu'a voulu dire l'art. 47, voilà tout ce qu'il pouvait dire.

Nous devons donc, si nous voulons connaître complètement la loi française, passer brièvement en revue les dispositions des législations étrangères auxquelles nous renvoie l'article 48 et que le législateur français s'est pour ainsi dire appropriées.

Le Code italien de 1866 sécularise la réception des actes de l'état civil : jusqu'alors, dans les trois quarts de la péninsule, l'État, représentant la société civile, n'avait aucun droit sur les registres tenus dans les paroisses pour constater les principaux actes de la vie civile. Une commission fut spécialement chargée d'appliquer en Italie les principes de notre Code civil, et rédigea un titre « des actes de l'état civil » presque calqué sur le nôtre.

En Allemagne, jusqu'à ces derniers temps, les registres étaient tenus par le clergé, mais une loi du 20 décembre 1873 est venue modifier cette pratique pour la Prusse et a confié à des fonctionnaires civils

la rédaction des actes qui intéressent l'état civil des citoyens. Voici les principales dispositions de cette loi.

Art. 1er. — La preuve des naissances, des mariages et des décès ne résulte que des inscriptions faites sur les registres par des fonctionnaires de l'État nommés par l'État.

Art. 3. — Dans chaque ressort d'état civil, il y a un officier de l'état civil et au moins un suppléant.

. . . .

Les ministres des cultes ne peuvent être officiers de l'état civil ni suppléants.

Art. 12. — Tout officier de l'état civil tient trois registres : celui des naissances, celui des mariages, celui des décès.

Art. 15. — Les registres régulièrement tenus font preuve de tous les faits qu'ils sont destinés à constater et qu'ils constatent, jusqu'à preuve de faux ou de l'inexactitude des indications qui ont servi de base à la rédaction : les extraits ont même force probante lorsqu'ils sont certifiés conformes au registre original ou à celui des copies, avec signature et timbre de l'officier de l'état civil ou du fonctionnaire judiciaire compétent. — Une loi d'Empire du 6 février 1875 reproduit ces diverses règles en les étendant à toute l'Allemagne.

En Angleterre, c'est sous le règne de Henri VIII, en 1538, que furent organisés les registres de l'état civil; tenus par les paroisses jusque sous le règne de Guillaume III, ils ont été, depuis cette époque,

confiés à des officiers civils. Guillaume III, Georges III, Guillaume IV et la reine Victoria ont successivement modifié la législation sur ce point. Aujourd'hui, à la tête de chaque district, se trouve un officier civil spécial appelé *registrar*, chargé de la rédaction des actes de l'état civil, de la conservation des registres et souvent aussi, comme nous le verrons dans le chapitre suivant, de la célébration des mariages.

En Autriche, le curé est officier de l'état civil; à ce titre il dresse tous les actes qui s'y rapportent et est chargé de la conservation des registres.

En Danemark, comme autrefois dans le canton de Lucerne, les registres sont tenus par le clergé mais sous la surveillance du gouvernement.

En Espagne, la rédaction des actes de l'état civil était, il y a quelques années encore, abandonnée au clergé, mais depuis 1870, plusieurs lois lui ont enlevé ce privilège, et il n'est pas douteux que le nouveau Code civil, depuis si longtemps projeté, ne consacre à cet égard les principes de notre droit.

En Pologne, on distingue entre les chrétiens et les non-chrétiens : les registres sont tenus par le clergé pour les premiers, par le bourgmestre pour les seconds.

En Russie, les registres sont en principe tenus par les ministres de la religion orthodoxe ; cependant depuis la loi du 19 avril 1874, la rédaction des actes de l'état civil des dissidents est confiée au chef de la police, espèce de sous-préfet qui les dresse

lui-même lorsqu'ils se passent dans les villes, et d'après le procès-verbal de l'ancien de la commune, *volost*, lorsqu'ils se passent dans les campagnes.

En Suisse, les législations différaient avec les cantons. Dans les uns les registres étaient uniquement tenus par le clergé (canton de Vaud), dans d'autres par le clergé, mais sous la surveillance des autorités locales (canton de Lucerne), dans la plupart enfin par des officiers civils. Le Code du canton d'Argovie présentait une particularité remarquable : il prescrivait la tenue de deux registres l'un par le clergé, l'autre par le conseil municipal. — La loi fédérale du 24 décembre 1874, en vigueur depuis le 1er janvier 1876, abroge toutes ces dispositions et réglemente avec le plus grand soin et d'une manière uniforme pour toute la confédération la réception des actes de l'état civil. Le principe avait été posé en ces termes dans la constitution du 29 mai 1874 : « L'état civil et la tenue des registres qui s'y rapportent est du ressort des autorités civiles; la législation fédérale statuera à ce sujet les dispositions ultérieures. »

Aux États-Unis, il n'y a pas de règle générale : dans la plupart des Etats, la loi n'exige aucun acte écrit et se contente de la cohabitation et de la possession d'état d'époux légitimes. La jurisprudence française n'a néanmoins jamais hésité à reconnaître la validité de mariages ainsi contratés.

La plupart des autres pays ont adopté un des systèmes que nous venons d'exposer; les disposi-

tions du Code civil sont en vigueur en Belgique, en Hollande, en Grèce, au Venezuela. Le système autrichien est au contraire suivi en Norwége et en Bolivie.

Presque partout, au reste, on retrouve, sauf de rares exceptions, les dispositions du Code civil pour les règles de détail. — Nous reviendrons sur cette matière lorsque nous étudierons le mariage des Français à l'étranger; les formalités de la célébration se confondent parfois si intimement avec les qualités requises chez les époux qu'il nous a semblé préférable d'examiner en même temps les difficultés que peuvent soulever ces deux questions.

§ II. — RÉCEPTION PAR LES AGENTS DIPLOMATIQUES OU CONSULAIRES FRANÇAIS.

Les Français peuvent en outre s'adresser aux agents diplomatiques et consulaires accrédités par la France auprès de la puissance sur le territoire de laquelle ils se trouvent : « Tout acte de l'état civil » des Français en pays étranger *sera valable*, s'il » a été reçu conformément aux lois françaises par » les agents diplomatiques ou consulaires. » (Art. 48).

Il n'est plus question seulement ici de la force probante, mais encore de la valeur intrinsèque des actes. Le danger que nous signalions tout à l'heure n'existe plus; représentants de la France à l'étranger, agissant en vertu de la délégation qu'ils ont reçue du gouvernement de leur pays, les agents diplo-

matiques ou consulaires ne peuvent que se conformer scrupuleusement aux lois françaises et sont à ce titre, de véritables officiers de l'état civil en mission. Aussi l'art. 48 déclare-t-il pleinement valables les actes passés devant eux.

La rédaction de cet article 48 a fait naître une difficulté. On s'est demandé quelle était l'étendue de la compétence de nos agents diplomatiques ou consulaires. Il a été admis sans contestation qu'il fallait pour justifier l'intervention de nos représentants à l'étranger qu'un Français fût intéressé. Mais est-il nécessaire qu'il n'y ait que des Français en cause, en un mot nos agents seraient-ils compétents pour un acte qui intéresserait à la fois des Français et des étrangers ?

Quelques interprètes ont admis l'affirmative. Par cela même, ont-ils dit, que les consuls sont compétents à l'égard des Français, ils doivent l'être à l'égard des étrangers qui contractent avec eux ; sans cela le bénéfice de l'art. 48 serait le plus souvent illusoire. D'ailleurs, l'art. 165 ne déclare-t-il pas expressément que la compétence de l'officier de l'état civil à l'égard d'une seule des parties est suffisante pour la célébration du mariage ?

Cette opinion ne nous semble autorisée ni par les textes, ni par les principes généraux du droit. Tandis en effet que l'art. 47 vise expressément les actes de l'état civil des Français et des étrangers, l'art. 48 ne parle que des actes de l'état civil des Français, il ne s'occupe en aucune façon de ceux des

étrangers; ne serait-il pas bizarre en effet de voir nos représentants à l'étranger prendre un caractère officiel à l'égard d'individus qui ne se rattachent à eux, ni par la communauté d'origine, ni par la souveraineté territoriale? L'officier de l'état civil fait un acte de juridiction, il exerce une véritable magistrature lorsqu'il célèbre un mariage; la loi française conserve tout son empire sur des Français, bien qu'ils soient éloignés de leur patrie, mais son autorité ne pourrait s'étendre à des étrangers.

Quant à l'argument tiré de l'art. 165, il constitue une erreur évidente; l'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties est en effet absolument compétent vis-à-vis de l'autre, par cela seul que la loi française lui confère expressément dans l'art. 165 les pouvoirs nécessaires. On ne saurait raisonner de même à l'égard de l'étranger puisque c'est sur ce point même que nous hésitons et qu'aucun texte formel ne vient le trancher.

Nous croyons donc que nos représentants à l'étranger ne sont compétents qu'autant que toutes les parties intéressées sont françaises et rentrent, par leur origine, dans la juridiction française. Si l'une des parties est étrangère, l'autorité locale seule est compétente.

La Cour de cassation a consacré ce système dans un arrêt souvent cité du 10 août 1819 : « Attendu que si les agents diplomatiques et con« sulaires ont été autorisés par l'art. 48 (le seul « où il soit question d'eux) à recevoir les actes de

« l'état civil des Français à l'étranger, conformé-
« ment aux lois françaises, il résulte clairement, et
« de l'essence des choses, et du texte de la loi,
« qu'il ne s'agit ici que des Français uniquement,
« nos lois et nos agents n'ayant de pouvoir à l'é-
« tranger que sur nos nationaux. »

L'arrêt reconnaît en outre que cet art. 48 n'est pas introductif d'un droit nouveau, mais parfaitement conforme aux ordonnances constitutives des consulats et aux traités et conventions passés avec les États étrangers.

M. le Garde des Sceaux Dufaure a invoqué ce document dans une lettre adressée, le 16 septembre 1878, au Ministre des affaires étrangères : il prie M. Waddington de vouloir bien rappeler à ses agents à l'étranger qu'ils sont absolument incompétents pour célébrer un mariage entre Français et étrangers.

Nous ne voulons pas abandonner ce sujet sans reproduire une opinion extrême qui a pris naissance, il y a quelques années. M. Favart de Langlade distingue entre le mariage et les autres actes de l'état civil (1) : s'appuyant sur les termes de l'art 170 qui ne parle que du mariage passé dans les formes locales, il propose l'incompétence absolue de nos agents à l'étranger pour la célébration d'actes de cette nature, alors même qu'ils n'intéresseraient que des Français. — Il nous semble facile de réfuter cette doctrine : la rédaction restreinte de l'art. 170

(1) Favart de Langlade. — *Rép.* V° *Mariage*, sect. III, § 3.

s'explique naturellement si l'on veut bien songer qu'il ne se borne pas à prévoir le mariage entre Français, mais qu'il traite aussi de l'union de Français et étrangers pour laquelle nous avons admis l'incompétence de nos agents. D'ailleurs est-il possible de faire une distinction aussi arbitraire en présence des termes formels de l'art 48 : « Tout acte de l'état civil des Français. » N'est-il pas juste que les Français puissent se marier à l'étranger devant nos consuls et qu'ils soient dispensés de recourir à des cérémonies ou à des rites contraires peut-être à leurs mœurs et à leur religion? — Aussi l'ordonnance de 1833, art 15, suppose-t-elle expressément que le Consul français peut célébrer le mariage entre deux Français.

Mais cette compétence de nos agents diplomatiques ou consulaires sera-t-elle reconnue par les législations étrangères? et les mariages par eux célébrés entre Français déclarés valables par les tribunaux locaux (dont nous repoussons du reste en général la juridiction)? Nous n'avons pu trouver, malgré toutes nos recherches, aucun arrêt de nature à nous éclairer sur ce point. La règle de l'art. 48 est admise dans presque toutes les législations, mais nous n'en avons rencontré aucune qui consacre la compétence des agents diplomatiques ou consulaires, accrédités dans le pays, à l'égard de leurs nationaux. Nous croyons néanmoins que par esprit de réciprocité les nations étrangères n'hésiteront pas à reconnaître la compétence de nos agents comme nous

reconnaissons celle des leurs. La jurisprudence française est constante en effet sur ce point ainsi que cela résulte *a contrario* de nombreux arrêts de nullité (1).

Signalons cependant, dans la législation prussienne, une restriction apportée aux pouvoirs généralement accordés aux consuls : la loi du 3 avril 1854 n'autorisait les consuls prussiens à célébrer les mariages que dans les pays hors d'Europe et alors seulement qu'il y avait impossibilité de recourir aux ministres du culte évangélique. Mais cette loi n'est pas restée longtemps en vigueur et le législateur allemand, tombant dans un excès contraire, a décidé le 4 mai 1870 que « les dispositions qui précèdent sur la célébration du mariage devant les agents diplomatiques de la Confédération peuvent être appliquées non-seulement lorsque les deux fiancés appartiennent à la confédération, mais encore lorsque l'un deux seulement a cette qualité » (art. 10). — Cette disposition, n'aurait en France aucune valeur, et le mariage qu'un Allemand et une Française contracteraient à l'ambassade Allemande serait absolument nul au regard de la loi Française, et aussi au regard de toutes les autres législations qui ont admis la règle de notre droit public « locus regit actum. » Un Français en France ne peut et ne doit relever que des autorités françaises; une loi étrangère ne saurait modifier ce principe fondamental.

(1) Tribunal de la Seine, — 2 juillet 1872, — 21 juin 1873.

§ III. — DISPOSITIONS COMMUNES AUX DEUX MODES.

Les actes de l'état civil passés à l'étranger soit devant les autorités locales, soit devant les agents diplomatiques ou consulaires, n'ont pas besoin d'être transcrits sur les registres français pour être valables en France. M. Tronchet avait proposé la mesure, en demandant toutefois que l'omission de cette formalité n'entraînât pas la nullité de l'acte, mais, sur l'observation de M. Berlier qu'il serait impossible de reporter ces actes à leur date sur les registres, il retira sa proposition. Nous croyons néanmoins que l'officier de l'état civil ne peut pas refuser d'opérer la transcription si on lui demande de le faire. L'art 171 lui impose cette obligation pour les mariages contractés à l'étranger, les art. 60 et 87 pour les naissances et décès survenus pendant un voyage en mer. Il n'y a aucune raison pour mettre à part les actes de naissance et de décès survenus à l'étranger, et nous ne saurions trop conseiller l'observation de cette formalité qui constitue une précaution fort utile. La généralité des termes de l'art 8 de l'ordonnance du 23 octobre 1833 semble bien confirmer notre opinion. Que si les actes ont été rédigés en langue étrangère, l'officier de l'état civil exigera qu'il y soit joint une traduction faite par un traducteur-juré et c'est cette traduction qu'il reproduira sur ses registres.

L'ordonnance de 1833 dont nous avons eu déjà

plusieurs fois l'occasion de parler, réglemente le principe posé dans l'art 48 : Elle détermine les diverses attributions de nos agents à l'étranger, les formalités qu'ils seront tenus d'observer pour l'inscription des actes, les précautions qu'ils devront prendre pour les conserver, et en faire parvenir chaque année le relevé au ministère des affaires étrangères.

Les registres de l'état civil étant principalement destinés à recevoir la preuve des naissances, mariages et décès, il faut y inscrire tous les actes qui se rapportent à ces trois évènements. Ainsi la reconnaissance d'un enfant naturel, l'adoption qui crée des rapports de paternité et de filiation (si toutefois nous admettons qu'elle peut être prononcée à l'étranger), la dissolution du mariage par l'officier civil, si le divorce est rétabli, tous ces faits peuvent être constatés à l'étranger.

Nous verrons au chapitre de la Filiation les sérieuses difficultés soulevées par la reconnaissance des enfants naturels à l'étranger. Qu'il nous suffise à présent de dire qu'elle peut être reçue comme tous les autres actes de l'état civil, — 1° conformément à la règle « locus regit actum » par les officiers publics étrangers, — 2° par les agents diplomatiques et consulaires de France accrédités à l'étranger.

Au moment où le divorce fait l'objet de vives et savantes controverses, nous ne saurions passer sous silence un acte de l'état civil auquel donnerait lieu

son rétablissement. Les articles 258 et 264 du Code civil décidaient « qu'en vertu de tout jugement « rendu en dernier ressort ou passé en force de « chose jugée qui autorisera le divorce, l'époux « qui l'aura obtenu sera obligé de se présenter dans « le délai de 2 mois devant l'officier de l'état civil, « l'autre partie dûment appelée, pour faire pronon- « cer le divorce. » Dans ces conditions, il nous semble logique d'admettre que les Français à l'étranger, dont le divorce aurait été autorisé par un tribunal français, pourraient se présenter devant l'officier de l'état civil du lieu de leur résidence pour le faire prononcer selon les formes locales. En Espagne, en Portugal, en Italie, et dans les quelques autres pays qui repoussent cette institution, il est probable que les autorités refuseraient de procéder à la cérémonie; nos nationaux devraient alors avoir recours à nos agents diplomatiques ou consulaires.

APPENDICE I. — ACTES DE L'ÉTAT CIVIL DES MILITAIRES

Les art. 86 et 87 du Code civil règlementent la constatation des naissances et décès survenus pendant un voyage en mer, à bord d'un vaisseau de l'État ou d'un bâtiment de commerce. Enfin le chap. V de notre titre est consacré aux actes de l'état-civil concernant les militaires hors du territoire de la République. Nous n'insisterons pas sur ces di-

verses dispositions qui ne présentent qu'un intérêt purement pratique. Qu'il nous suffise de rappeler la fiction qui a présidé à la rédaction du chapitre V. « *Là où est le drapeau, là est la France* » a dit le Premier Consul et l'art. 88 a été ainsi conçu : « Les actes de l'état civil faits hors du territoire « concernant des militaires ou autres personnes em- « ployées à la suite des armées, seront rédigés dans « les formes prescrites par les dispositions précédentes « sauf les exceptions contenues dans les articles sui- « vants. » Ces articles déterminent la compétence des divers officiers, la forme des publications, le nombre des témoins, etc.

Mais comment faut-il entendre la fiction du Premier Consul et quelle étendue devons-nous lui donner? Quelques jurisconsultes, s'appuyant sur les termes impératifs de l'art. 88 et sur l'autorité d'une circulaire interprétative du ministre de la guerre en date du 24 brumaire an XII (1). ont décidé que l'on devait considérer d'une façon absolue comme *territoire français* le pays où se trouvait l'armée ; de ce principe ils ont logiquement conclu que les officiers de l'état civil institués par l'art. 89 étaient compétents, non seulement pour les actes intéressant les Français, mais encore pour les actes intéressant à la fois les Français et les étrangers, comme le seraient en France les officiers municipaux. Ils ont été ensuite naturellement amenés à proclamer la compétence exclusive de ces officiers et à refuser aux

(1) Sirey, — 1804, II, 743.

Français le recours aux autorités locales c'est-à-dire le bénéfice du droit commun.

Nous croyons que cette doctrine est erronée : le chap. V a simplement pour but de faciliter aux Français la constatation des actes de leur état civil qui, sans ces mesures, serait le plus souvent impossible; lorsqu'en effet la France déclare la guerre à une nation étrangère, nos agents diplomatiques ou consulaires commencent par demander leurs passeports ; quant aux autorités locales, elles ne seraient guère disposées à recevoir les actes intéressant les ennemis de leur pays et d'ailleurs nos nationaux, soit à cause de l'éloignement, soit à cause des exigences de la discipline, ne pourraient presque jamais faire leurs déclarations. Il y aurait donc dans cette situation de sérieux inconvénients auxquels est venu remédier le chap. V; mais ce serait, selon nous, une erreur que de le considérer comme abrogeant les dispositions antérieures. Les officiers de l'armée remplaceront les consuls, voilà tout ; nous leur refusons donc la compétence pour célébrer un mariage entre Français et étrangers, comme nous l'avons refusée à nos agents diplomatiques, et, pour tous Ies autres acter, nous autorisons nos compatriotes à recourir, s'ils le préfèrent, et s'ils sont dans la possibilité de le faire, au ministère des autorités locales.

La jurisprudence s'est ralliée à ce système; elle considère comme purement facultatives les dispositions du chap. V et limite aux actes n'intéressant

que des Français la compétence des majors et des intendants militaires (1).

APPENDICE II. — CONVENTIONS INTERNATIONALES DE COMMUNICATION.

La France a conclu pendant ces dernières années un certain nombre de conventions pour la communication réciproque des actes de l'état civil; nous pouvons citer la convention avec l'Italie des 13 janvier-17 février 1875, la convention avec le Luxembourg des 14-17 juillet 1875, la convention avec la Belgique des 25 août-3 septembre 1876.

Ces conventions sont destinées à faire connaître en France les actes de l'état civil passés devant les autorités étrangères, soit qu'ils concernent à la fois des Français et des étrangers, soit que nos compatriotes, seuls intéressés, aient préféré s'adresser aux autorités locales. Deux circulaires du garde des sceaux, en date du 11 mai 1875 et du 28 mars 1877, en réglementent l'application. Enfin M. Dufaure, dans une lettre adressée le 7 décembre 1878 au ministre des affaires étrangères, fait remarquer que les enfants nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés (lois des 7 février 1851 et 16 décembre 1874) étant Français, aux yeux de la loi française, les actes de l'état civil qui les concernent ne sont point au nombre des actes dont les conventions conclues avec l'Italie, la Belgique et le Lu-

(1) Cass.— 23 août 1826 — Demolombe — I, §. 315.

xembourg stipulent la communication; que toutefois, comme dans l'année qui suit leur majorité, ils peuvent réclamer la qualité d'étrangers, il y aurait lieu, *dans ce cas*, à communiquer au gouvernement étranger les actes de l'état civil qui les intéressent. — Ce document autorise les gouvernements étrangers qui auraient adopté la règle introduite en France par les deux lois précitées à nous refuser la communication des actes de l'état civil des enfants nés, sur leur territoire, de Français qui eux-mêmes y sont nés ; et cependant ces enfants nous les considérons comme Français ! Nous croyons qu'il eût mieux valu, pour savoir quels actes devaient être communiqués, se placer réciproquement au point de vue de l'État qui réclame et non au point de vue de celui qui a reçu les actes. Sans préjuger en rien la question de nationalité, il eût été préférable pour les Hautes Parties Contractantes de connaître exactement les faits qui concernent ces diverses catégories d'individus.

CHAPITRE V

DU MARIAGE

SECTION I. — CONDITIONS DE VALIDITÉ DU MARIAGE

« La terre a été donnée en partage aux enfants des hommes. Un citoyen peut se transporter partout et partout il peut exercer les droits attachés à sa qualité d'homme. Dans le nombre de ces droits, le plus naturel est incontestablement la faculté de contracter mariage. Cette faculté n'est pas locale, elle ne saurait être circonscrite par le territoire; elle est pour ainsi dire universelle comme la nature qui n'est absente nulle part. Nous ne refusons donc pas aux Français le droit de contracter mariage en pays étranger, ni celui de s'unir à une personne étrangère. La forme du contrat est réglée alors par les lois du lieu où il est passé. Mais tout ce qui touche à la substance même du contrat, aux qualités et conditions qui déterminent la capacité des contractants, continue d'être gouverné par les lois françaises. Il faut même que trois mois après son retour, le Français qui s'est marié ailleurs qu'en

France, vienne faire hommage à sa patrie du titre qui l'a rendu époux ou père et qu'il naturalise ce titre en le faisant inscrire dans un registre national (1). »

D'après les principes généraux du droit international, le mariage des Français à l'étranger devait être régi par deux lois : la loi française, en ce qui concerne la capacité des futurs époux, et les conditions et qualités auxquelles ils doivent satisfaire pour contracter mariage; la loi étrangère, pour les formalités extrinsèques ou probantes de l'acte, c'est-à-dire les formes de la célébration, la preuve de cette célébration.

L'art. 170 tient un large compte de ces idées : « Le mariage contracté en pays étranger entre « Français ou entre Français et étrangers sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le « pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications « prescrites par l'art. 63 au titre des actes de l'état « civil et que le Français n'ait point contrevenu aux « dispositions du chapitre précédent. »

Trois conditions semblent, dès lors, nécessaires pour la validité du mariage contracté à l'étranger :

I. — Célébration selon les formes usitées dans le pays.

II. — Observation des dispositions contenues au chap. Ier du titre « du Mariage. »

III. — Existence des publications prescrites par l'article 63.

(1) Portalis. — *Exposé de motifs*, 16 ventôse an X (Locré, t. III, p. 501).

La première de ces conditions est la reproduction de la règle « locus regit actum ». Elle consiste uniquement dans l'observation des formes locales.

La seconde condition qui prescrit aux Français de ne point contrevenir aux dispositions du chapitre intitulé « Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage » et réglementant l'âge des époux, leur consentement, le consentement de ceux sous la puissance desquels ils se trouvent, les actes respectueux, les prohibitions, etc., n'est qu'une application de l'article 3 du Code civil que nous avons analysé au début de cette étude : « Les lois « concernant l'état et la capacité des personnes « régissent les Français même résidant à l'étranger. »

Jusque-là rien d'anormal, mais où l'article 170 déroge aux principes généraux, c'est lorsque, apportant une restriction au principe qu'il vient de poser ou plutôt introduisant une nouvelle condition, il exige que les Français procédent en France aux publications prescrites par l'article 63, faisant ainsi rentrer dans le domaine de la loi Française l'exécution d'une formalité qui, par sa nature même, constitue une forme extrinsèque du mariage et devrait, à ce titre, être uniquement abandonnée à la discrétion du législateur étranger.

Une seconde dérogation avait été proposée au sein du Conseil d'État : — De la combinaison des articles 165 et 74 il résulte, on le sait, que lorsque le mariage n'est pas célébré au domicile de l'une des parties, il ne peut l'être que dans une commune

où l'un des époux a au moins six mois de résidence; or, sur la demande de plusieurs Cours et notamment celle de Bruxelles, le projet de Code soumis aux délibérations du Conseil d'État reproduisait ce principe pour les mariages célébrés à l'étranger et contenait la disposition suivante : « Néanmoins le » mariage contracté entre Français à l'étranger ne » sera valable qu'autant qu'avant la célébration » l'une des parties contractantes y résiderait depuis » six mois. » — Cette disposition avait été inspirée aussi par la haine des mariages que, dans l'unique but de se soustraire aux formalités gênantes de leur loi nationale, des Français auraient pu aller contracter au-delà de la frontière; elle ne s'appliquait donc qu'aux mariages entre Français.

Mais le Premier Consul fit observer que cette prescription était superflue, et ne pouvait pas trouver place dans la loi nationale; elle constitue, en effet, une formalité extrinsèque dont l'opportunité doit être laissée à l'appréciation du législateur étranger. Si déjà le législateur français a cru pouvoir, dans l'intérêt de la publicité des mariages, déroger aux principes généraux, il ne faut pas, du moins, multiplier ces dérogations surtout lorsqu'elles n'ont plus pour excuse une incontestable utilité; en exigeant les six mois de résidence, l'article 74 n'a qu'un seul but, comme le font fort sagement remarquer Marcadé et M. Demolombe : c'est que les parties soient parfaitement connues au lieu où elles se marient, c'est-à-dire en France; mais si ce lieu est

situé sur un territoire étranger, peu importe au législateur français que les parties y soient ou non connues; cela regarde le législateur étranger : ce qui lui importe, c'est que le mariage de nos nationaux ne soit pas ignoré en France et c'est pour arriver à ce but qu'il exige les publications. —N'est-il pas, d'ailleurs, toujours regrettable qu'une entrave, même temporaire, soit apportée au mariage de deux individus?

Nous avons analysé au chapitre « des Actes de l'état civil » la première condition exigée par l'art. 170, l'observation des formes locales, compétence de l'officier public, formalités de la célébration, preuves de cette célébration. Nous comptons revenir sur ce sujet dans l'étude que nous consacrerons dans une seconde section aux législations étrangères.

Il nous reste maintenant à développer les deux autres conditions auxquelles la loi subordonne la validité du mariage : ce sera l'objet des deux paragraphes suivants.

§ I. — CONDITIONS DE CAPACITÉ DES ÉPOUX.

«........ Pourvu que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions du chapitre précédent » — Telle est la seconde condition de l'art. 170.

Ces dispositions du chapitre Ier concernent le sexe et l'âge des époux, leur consentement et celui des personnes sous la puissance desquelles ils

se trouvent, relativement au mariage, les actes respectueux, enfin les empêchements résultant, soit de l'existence d'un précédent mariage, soit de la parenté et de l'alliance à certains degrés.

Nous n'insisterons pas sur ces diverses prescriptions qui sont communes aux mariages célébrés en France et à ceux célébrés à l'étranger. Nous ferons seulement remarquer qu'elles ne sont et ne peuvent être applicables qu'aux Français : « Un Français demeure soumis aux lois de son pays par rapport au mariage, mais ces lois ne s'étendent pas à l'étrangère qu'il épouse. Il lui est donc permis de prendre une fille à qui les lois du pays où il se trouve donnent la capacité de se marier (1). » — « Capacité, incapacité, pour contracter mariage dépendent du statut personnel de chacun des époux (2). »

Si donc il s'agit du mariage d'un Français et d'un étranger, il nous faudra tenir compte à la fois, et de la loi française pour apprécier la capacité du Français, et de la loi étrangère pour apprécier la capacité de l'étranger.

Ce principe général peut se ramener à quatre propositions que nous allons successivement analyser. Deux d'entre elles concernent le conjoint étranger, les deux autres le conjoint français.

I.— *Il faut et il suffit que l'étranger soit aux yeux de sa loi nationale, capable, d'une façon absolue, de contracter mariage.* — Ainsi, un

(1) TRONCHET, au Conseil d'Etat.
(2) DUPIN, à la Cour de cassation.

Russe âgé de plus de 80 ans, une Hollandaise mineure de 16 ans, une femme de la Hesse mineure de 21 ans, ne pourraient valablement épouser une Française ou un Français, parce que leurs lois respectives les considèrent comme inhabiles à contracter mariage. — Ainsi encore, notre législation, bien qu'elle ne reconnaisse plus les vœux perpétuels, ne pourrait consacrer l'union d'un moine profès, appartenant à une nationalité où les vœux monastiques entraînent la mort civile, avec une Française(1). C'est donc, par une juste application des principes, que la Cour de Paris a annulé, le 13 juin 1814, le mariage d'une Française avec un capucin Espagnol(2).

Il est généralement admis cependant que les condamnations pénales et les déchéances politiques ne peuvent avoir d'effet en dehors du territoire où elles ont été prononcées et ne sauraient dès lors constituer un empêchement au mariage (3). Ainsi le mariage d'un étranger mort civilement et d'un Français est valable aux yeux de la loi française (4). — Cette opinion, très favorable, ne nous paraît cependant guère admissible en présence du principe général qui doit servir à régler l'état des personnes, principe fondé à la fois sur le respect des législations étrangères et l'intérêt même de ceux qui ont le droit de les invoquer. Nous croyons que l'état des étran-

(1) Aubry et Rau, — t. I, 831.
(2) Sirey, 1815, t. I, 67.
(3) Demolombe I, 198. — Valette sur Prudhon I, p. 136, note 2. — Humbert, *des conséquences des condamnations pénales*, n° 207.
(4) Cassat., 7 janvier 1806. (Sirey, 1806, I, 129.)

gers doit être absolument respecté dès qu'il a été établi par une loi ou constaté par un jugement. Et remarquons-le bien, il ne s'agit pas dans ce dernier cas d'exécuter en France un jugement rendu à l'étranger, mais simplement de reconnaître chez un étranger telle ou telle incapacité civile dont il a été valablement revêtu dans son pays (1). Qui n'aperçoit d'ailleurs les fâcheux résultats qu'engendrerait nécessairement le système que nous combattons? Valable selon la loi française, nul selon la loi étrangère, le mariage contracté dans de telles conditions amènerait nécessairement ces conflits de législations si regrettables pour tous et que nous devons à tout prix nous efforcer de rendre moins fréquents.

Du reste, cette première condition est suffisante et bien que la loi française défende le mariage aux mineures de 15 ans, un Français épouserait valablement en France, en Espagne ou ailleurs, une Espagnole de 12 ans, parce que la législation de ce pays permet aux femmes de se marier à cet âge.

II. — En outre, *il faut et il suffit que l'étranger soit, aux yeux de sa loi nationale, capable de contracter mariage avec son futur conjoint Français.* — Si donc la loi étrangère ne permet pas l'union d'un national avec un étranger, d'un cousin avec sa cousine, ces diverses circonstances devront constituer autant d'empêchements aux yeux de la loi française. De même, si la loi étrangère soumet le

(1) Demangeat. — *Histoire de la condition juridique des étrangers en France*, p. 375.

contrat à une autorisation du gouvernement, nos tribunaux devront tenir compte de la violation de cette prescription.

Il faut, en un mot, que la législation du pays, auquel appartient l'étranger, reconnaisse la validité du mariage de son national. A cette règle absolue nous n'admettons qu'une exception : c'est lorsque l'obstacle apporté par la législation étrangère repose sur une idée contraire aux principes du droit naturel reconnus et consacrés par toutes les nations civilisées. Tels seraient les empêchements résultant de l'esclavage, de la différence de couleur si elle est regardée comme une cause d'inégalité entre les hommes (1). Nous croyons que dans ces cas tout spéciaux, les tribunaux français devraient user du pouvoir discrétionnaire qui leur a été laissé par le législateur pour reconnaître la validité du mariage.

C'est, selon nous, sur ces principes que l'on doit s'appuyer pour apprécier la capacité de l'étranger. Lorsque le mariage sera célébré dans la patrie du conjoint étranger, leur observation sera, le plus souvent, garantie par l'intervention des autorités locales et rarement nos tribunaux auront à s'en préoccuper. Mais lorsqu'il sera célébré dans un pays neutre où, comme maintenant en France, l'officier public ne sera tenu d'exiger de l'étranger aucune preuve de sa capacité personnelle, il pourra fort bien arriver qu'un mariage soit contracté au mépris des prohibitions que nous venons d'énu-

(1) Art. 95, Code de la LOUISIANE.

mérer, et que par suite les tribunaux soient appelés à se prononcer sur la valeur du contrat. Il est bien entendu, du reste, que la violation des prescriptions de la loi étrangère ne pourra avoir en France d'autres effets que ceux qu'elle produirait en pays étranger; si donc les empêchements sont simplement prohibitifs, le mariage ne sera pas annulé bien que les conjoints aient passé outre.

Remarquons que parfois la capacité de l'étranger ne sera pas réglée, d'après sa loi nationale, mais d'après la législation en vigueur dans le pays où il est domicilié. C'est ainsi que la loi prussienne renvoie à la loi du domicile lorsqu'il s'agit d'apprécier la capacité d'un de ses nationaux.

Nous savons à quelles conditions doit satisfaire l'étranger pour que le mariage qu'il contracte avec un Français soit valable devant la loi française. Il nous reste à examiner la même question en ce qui concerne le Français.

III. — *Il faut et il suffit que le Français soit, aux yeux de sa loi nationale, capable, d'une façon absolue, de contracter mariage.* — Nous n'avons pas à insister sur cette condition commune à tous les mariages où l'une des parties est française. Nous rappellerons seulement que nos tribunaux n'ont pas à s'occuper des dispositions de la loi étrangère. Une Française mineure de 16 ans, un Français âgé de plus de 80 ans pourraient donc valablement se marier, aux yeux de la loi française, en Hollande ou

en Russie, malgré les prohibitions locales que nous avons précédemment citées.

IV. — *Il faut enfin que le Français soit, aux yeux de la loi française capable de s'unir à son futur conjoint.* — Ainsi une Française ne pourrait valablement épouser un mahométan déjà marié (art. 147), son frère légitime ou naturel (art. 162), alors même qu'ils appartiendraient à un pays dont la législation n'apporterait pas d'obstacle à cette union. Ainsi encore un Français ne pourrait, sans une dispense accordée par le gouvernement français, épouser sa belle-sœur ou sa nièce, quelles que soient sur ce point les dispositions de la loi étrangère et la nationalité de la fiancée (1). En revanche, rien ne s'opposerait à ce qu'il épousât une étrangère mineure de 16 ans, si les autres conditions que nous avons précédemment posées sont remplies.

Tous ces points n'ont jamais soulevé de bien sérieuses difficultés. Comment se fait-il qu'il en ait été autrement du mariage d'un Français avec un étranger légalement divorcé dans son pays et que cette question ait donné naissance aux controverses les plus ardentes ? — Posons nettement les termes de la question : il s'agit, nous le supposons, du mariage d'un Français et d'une Belge : les trois premières conditions que nous avons exigées sont remplies ; les deux conjoints sont, aux yeux de leurs lois nationales respectives, tous les deux capables d'une façon absolue de contracter mariage ; rien, en

(1) Tribunal de la Seine, 4 décembre 1873.

outre, dans la législation belge, ne s'oppose à ce que l'étrangère épouse l'homme qu'elle a choisi; ce fait qu'elle a en Belgique contracté un premier mariage, mariage dont la dissolution a, du reste, été légalement prononcée par un tribunal belge, doit-il modifier la solution générale que nous avons donnée tout à l'heure et mettre obstacle à la célébration ou entraîner la nullité du mariage? — Nous ne le croyons pas : il nous parait impossible d'établir arbitrairement des empêchements au mariage, qu'ils soient dirimants ou simplement prohibitifs, peu importe, alors qu'aucun texte formel ne nous y autorise; en matière de mariage les nullités ne se suppléent point et là où le législateur a gardé le silence, l'interprète ne doit pas se montrer plus rigoureux que lui... Cette opinion est cependant loin d'être universellement admise. — La loi de 1816, a-t-on dit, a supprimé le divorce; il est donc maintenant, en France, contraire à l'ordre public et les tribunaux français ne peuvent en tenir compte, sous peine de manquer au premier de leur devoir. — Oui, le divorce est en France, à l'heure actuelle, contraire à l'ordre public, il l'est en ce sens que les tribunaux français ne pourraient le prononcer, que des sujets français, même en pays étranger, ne pourraient valablement l'obtenir. La loi de 1816, en abrogeant les quatre premiers chapitres du Titre V de notre Code civil, a déclaré que l'indissolubilité du lien conjugal était conforme à la nature du Français, à ses mœurs, à son tem-

pérament ; peut-être le législateur s'est-il aussi inspiré des préceptes de la religion catholique qui était alors, il ne faut pas l'oublier, non pas seulement la religion de la majorité des Français, mais la religion de l'État. Mais en abolissant l'institution du divorce, il ne pouvait statuer et il n'a statué que pour l'avenir et que pour les Français :

Pour l'avenir,— car il n'a pas hésité à reconnaître la validité des divorces antérieurement prononcés, il n'a pas songé à interdire le mariage à ceux que des faits antérieurs à la promulgation de la loi avaient rendus à la liberté. Un projet de loi, en effet, établissant l'inaptitude à un second mariage, avait été présenté à la Chambre des Pairs le 7 décembre 1816; il ne donna même pas lieu à une discussion sérieuse, et fut retiré par son auteur après l'échange de quelques observations (1).

Pour les Français — car il eût empiété sur la souveraineté étrangère s'il avait voulu régler à son gré l'état et la capacité des étrangers, il eût violé les règles les plus élémentaires du droit des gens s'il leur avait interdit le mariage.

Un autre argument a été présenté à la Cour de Paris en faveur de la thèse que nous combattons par M. l'avocat général Barbier, maintenant conseiller à la cour suprême. Tout jugement, rendu en pays étranger, disait le savant jurisconsulte, ne peut avoir d'effet en France qu'autant qu'il a été déclaré exécutoire par un tribunal français; or, de

(1) *Journal officiel* du 8 décembre 1816.

même qu'un tribunal français ne peut prononcer le divorce même entre étrangers (si toutefois l'on admet sa compétence), de même il ne peut attacher la force exécutoire à la sentence étrangère qui l'autorise. — Alors même que ces affirmations seraient exactes, peut-être hésiterions-nous néanmoins à en tirer les mêmes conséquences, mais elles reposent, croyons-nous, sur une erreur. Les jugements des tribunaux étrangers qui prononcent le divorce n'ont pas besoin, pour être exécutoires en France, d'être soumis à l'examen d'un tribunal. Ce sont, dit M. Demolombe, « des jugements qui, constitutifs de l'état des personnes, doivent avoir en France le même effet que la loi personnelle en vertu de laquelle ils ont été rendus ». L'article 546 du Code de procédure défend de faire exécuter sur le territoire un jugement rendu par un tribunal étranger parce que l'exécution dont il s'agit c'est la saisie des biens, c'est la contrainte sur la personne, tous actes qui ne peuvent être faits en France qu'au nom du pouvoir exécutif français et dont l'exécution, sans la consécration d'un tribunal, violerait ouvertement le principe de la souveraineté territoriale, mais il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit simplement de reconnaître la loi personnelle étrangère et le jugement étranger qui déterminent l'état et la capacité d'une personne.

Nous l'avons déjà dit, parmi les choses contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, il faut distinguer ce qui blesse la morale de tous les peuples

et de tous les siècles de ce qui blesse seulement les institutions de telle ou telle cité « *Quædam natura turpia sunt, quædam civiliter et quasi more civitatis* » a dit Cujas. Si le divorce créait un état de choses contraire à la morale universelle, contraire aux principes fondamentaux de toute société, nous n'hésiterions pas à le méconnaître, comme nous avons méconnu tout à l'heure l'empêchement apporté par le Code de la Louisiane à l'union d'un blanc et d'une femme de couleur. Mais en est-il ainsi ?...

Nous n'avons pas l'intention d'apporter ici notre opinion sur le divorce et de nous jeter aveuglément dans une mêlée où la valeur et la renommée des combattants ne nous laisserait qu'un rôle singulièrement amoindri. Mais, sans sortir des limites volontaires que nous nous sommes imposées et nous plaçant uniquement au point de vue juridique, nous sommes forcés de reconnaître que le divorce existe dans la plupart des pays civilisés, que notre législation elle-même l'a admis de 1791 à 1816, que sous la monarchie de 1830, l'une des Chambres en a par trois fois voté le rétablissement, que maintenant encore l'opportunité de cette institution est à l'ordre du jour. Depuis la tribune du Corps législatif jusqu'à la chaire de St-Philippe du Roule, dans les salons et dans les clubs, dans les journaux et dans les revues, les discussions s'engagent, la lutte est parfois vive ; dans l'ardeur de la polémique les épithètes se croisent, mordantes, acérées ; la politique,

cette envahissante maîtresse, a voulu s'emparer d'une question qui, comme l'a fort bien proclamé un des plus fougueux partisans de l'indissolubilité du lien conjugal, en doit être absolument indépendante (1); la plupart, sans se laisser intimider par la gravité du problème, sans paraître même soupçonner les difficultés multiples que comporte sa solution (c'est là, du reste, leur seule excuse) se sont instinctivement rangés sous l'une ou l'autre bannière, selon les tendances de leur parti, et ont engagé le combat avec une désinvolture et une légèreté fort amusantes si elles n'étaient un triste symptôme des ridicules excès où peut entraîner la passion politique. — De ces manifestations insconscientes, nous n'avons pas à tenir compte, non plus que des injures gratuites et sans portée dont leurs auteurs se sont souvent plu à accabler leurs adversaires. — Ce dont nous sommes sûrs, c'est que parmi tous ces hommes intelligents et éclairés, jurisconsultes ou moralistes qui, après avoir étudié la question, à l'abri de toute préoccupation politique ou religieuse, en s'inspirant uniquement des lumières de leur raison, des principes du droit, des besoins de la société dont ils font partie, des résultats obtenus dans les pays voisins, en arrivent à cette conclusion que le rétablissement du divorce n'est point nécessaire, il n'en est aucun du moins qui songe à traiter ses adversaires de sauvages et à considérer comme des pays barbares, l'Angleterre, la Hollande, la Belgique, la Suède, la

(1) Le R. P. Didon. — *Conférences de Saint Philippe.*

Norwége, le Danemark, la Russie, l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, la Roumanie, la Serbie, le Montenegro, la Suisse, la Pologne et les États-Unis.

« Le pouvoir du législateur est circonscrit dans le temps et dans l'espace : dans le temps, il ne statue que pour l'avenir et respecte le passé; dans l'espace, il ne statue que pour son pays, pour ceux qui sont soumis à ses lois, et respecte les faits accomplis ailleurs : le passé et l'étranger échappent également à son autorité (1) ». Il ne nous appartient pas de juger les lois d'un pays étranger; tous les actes qui y sont accomplis, conformément aux lois de ce pays, doivent être tenus pour réguliers et valables. Chaque nation est maîtresse souveraine chez elle; ne pas reconnaître des actes qui émanent de son autorité et qui sont accomplis dans ses États, ce serait s'ingérer dans ses affaires, méconnaître son indépendance. — Où nous arrêterions-nous d'ailleurs dans cette voie? et pourquoi consacrerions-nous davantage l'union d'un de nos nationaux avec une étrangère à laquelle sa loi nationale permet, par exemple, de contracter mariage à quatorze ans ou sans le consentement de ses ascendants. Les art. 144, 148, 149, 150 ne constituent-ils point des dispositions d'ordre public au même titre que la loi de 1816? — Respectons donc les lois étrangères comme nous entendons que les nôtres soient respectées à l'étranger.

(1) Le Procureur-Général, Dupin.

La jurisprudence a longtemps hésité cependant avant d'admettre cette doctrine; jusqu'en 1860, elle était considérée comme immorale et subversive et la Cour de Cassation la condamnait à maintes reprises. Il a fallu l'éloquente parole de M. Dupin, pour faire sortir la Cour suprême de la voie fâcheuse dans laquelle elle s'était engagée; voici dans quelles circonstances s'est produit ce revirement si impatiemment attendu par tous ceux qui s'occupaient de droit international.

Le 4 juillet 1859, la Cour de Paris, malgré une remarquable plaidoirie de M. Dufaure, décidait, sur les conclusions conformes de M. l'avocat-général Barbier, que la femme étrangère divorcée conformément à la loi de son pays, ne pouvait épouser un Français par cela que la législation française, ne reconnaissant pas le divorce, ne devait pas tenir compte de celui qui avait été prononcé à l'étranger. La question était soumise le 16 janvier 1860 à la chambre des requêtes qui admettait le pourvoi, et le 28 février la Chambre civile, après de mémorables conclusions de M. le Procureur-Général Dupin, cassait l'arrêt de la Cour Impériale et consacrait solennellement la doctrine que nous avons soutenue.

Nous voudrions reproduire *in extenso* cet admirable réquisitoire si solide dans le fond, si énergique dans la forme..... Après avoir posé en ces termes le principe qui domine toute la matière : « Capacité, incapacité pour contracter mariage dépendent du

statut personnel de chacun des futurs époux. La liberté conquise par celui qui avait été dans les liens d'une précédente union le suit partout s'il l'a obtenue par les moyens légaux dans son pays », l'éminent magistrat terminait ainsi. « Votre arrêt, Messieurs, n'intéresse pas seulement les Français, mais aussi les nations qui nous entourent. A une époque où le mélange des peuples est plus actif que jamais, où leur union tend à devenir chaque jour plus intime, où l'influence de la France se fait de plus en plus sentir au loin, n'arrêtons pas cet essor, n'élevons pas de barrières entre eux et nous, en créant, dans un esprit mystique, qui n'est pas celui de notre législation des prohibitions qui ne sont fondées sur aucun texte. Loin de là ! gardons soigneusement l'esprit laïque de nos lois civiles, et conservons à l'interprétation de ces lois le caractère libéral et généreux que le Code Napoléon tient de la grandeur de son origine et de l'esprit du temps. — »

La cour de cassation a maintenu cette jurisprudence dans un arrêt du 15 juillet 1878, rendu sous la présidence de M. le premier président Mercier : Abel-Henri Plaquet, sujet Belge, avait épousé, en 1868, une Française qui, par le fait même de son mariage, avait perdu la nationalité Française et acquis la nationalité Belge. Un jugement du tribunal de Tournay (Belgique), ayant admis le divorce des deux époux, ce divorce a été prononcé, conformé-

ment à la loi belge par l'officier de l'état civil compétent, le 17 juillet 1873. Trois ans plus tard, Plaquet se présentait devant le maire de Lille pour contracter un nouveau mariage : refus de ce magistrat de procéder aux publications et à la célébration; pourvoi de Plaquet devant le tribunal de Lille; puis devant la cour de Douai qui approuvent la conduite de l'officier de l'état civil. La question est enfin soumise à l'appréciation de la Cour de cassation et la chambre civile, adoptant les motifs des précédents arrêts « considérant en outre qu'il importe peu pour l'application de ces principes que le premier mariage ait été contracté avec une Française, puisque celle-ci étant devenue étrangère par son mariage, la sentence qui a prononcé le divorce a toute l'autorité d'un jugement rendu entre étrangers, et que si la femme redevient Française ce n'est qu'autant que le mariage est considéré comme légalement dissous », casse l'arrêt de la cour de Douai et renvoie les ex-époux Plaquet devant la cour d'Amiens (1).

La cour d'Amiens vient de se prononcer : adoptant la doctrine de la Cour suprême, elle donne gain de cause au demandeur et oblige M. le maire de Lille à procéder à la célébration du second mariage que Plaquet entend conclure. — La plupart des journaux ont reproduit cette intéressante affaire et beaucoup croient devoir s'apitoyer sur le triste sort de Mme Plaquet, qui, disent-ils, ne pourrait se re-

(1) DALLOZ, 1878, t. I, 340.

marier sans encourir le châtiment réservé aux bigames. — Ce n'est pas notre avis : Mme Plaquet, à son tour, a parfaitement le droit de se marier, soit à l'étranger, soit en France, avec un étranger ou un Français, peu importe ; de deux choses l'une en effet : ou elle est restée Belge ou elle est redevenue Française, — si elle est restée Belge, elle est capable, d'après sa loi nationale, de contracter mariage ; et sa qualité de femme divorcée ne justifierait en aucune façon le refus d'un officier de l'état civil français de procéder à la célébration (la doctrine de la Cour de cassation est formelle sur ce point). — Si elle est redevenue Française, ce n'est qu'autant que la première union qu'elle a contractée est considérée par la loi française comme légalement dissoute (art. 19 C. C.), et dès lors, sous peine de flagrante contradiction on doit reconnaître son aptitude à un second mariage. —

§ II. — DES PUBLICATIONS.

Les publications, nous l'avons dit, constituent une forme du mariage et devaient à ce titre être uniquement réglementées par la loi étrangère. Mais le législateur français, indépendamment des actes de cette nature qui peuvent être ordonnés par la loi étrangère, a tenu à ce que dans tous les cas la publicité du mariage fût assurée en France et il a édicté la disposition toute exceptionnelle de l'art. 170. Les publications exigées par l'art. 170 ont pour but

principal de porter le projet de mariage à la connaissance de ceux qui ont le droit d'y former opposition et d'empêcher ainsi les contraventions aux dispositions du chap. 1er.

Mais ces publications où doivent-elles se faire ? — L'art. 170 est muet sur ce point et se contente de renvoyer à l'art. 63 au titre des actes de l'état civil. L'art. 63 détermine les diverses formalités qui devront accompagner les publications et l'acte qui en sera dressé, mais il n'indique pas dans quelles communes elles devront avoir lieu, ce point est tranché par les art. 166, 167, 168, qui organisent le principe posé par l'art. 63 ; c'est donc à ces articles que nous renvoie implicitement l'art. 170 et que nous devrons nous reporter pour savoir où se feront les publications. Or, que nous disent-ils ? que les deux publications exigées par l'art. 63 seront faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes aura son domicile ; néanmoins que, si le domicile actuel n'est établi que par une résidence de six mois, les publications seront faites en outre à la municipalité du dernier domicile ; enfin, que si les parties contractantes ou l'une d'elles, sont *relativement au mariage*, sous la puissance d'autrui, les publications seront encore faites à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels elles se trouvent. En un mot, les publications doivent être faites partout où elles devraient l'être si le mariage avait lieu en France.

Quelques interprètes, s'appuyant sur les termes

de l'art. 167, se sont demandé si lorsque les futurs époux résidaient depuis plus de six mois à l'étranger, il ne résultait pas des termes généraux de l'art. 170 la nécessité d'une publication dans le lieu de leur résidence. Non, ainsi que nous l'avons déjà dit, les dispositions que nous venons d'analyser n'ont trait qu'aux publications faites en France; les publications à l'étranger sont une des formes de la célébration et doivent être abandonnées à l'appréciation de la loi étrangère; en prescrivant des publications en France, l'art. 170 empiète déjà sur le domaine de cette loi, il ne faut pas étendre ses termes et lui faire dire des choses que le législateur français n'aurait aucun caractère pour prescrire. D'ailleurs, que lui importe la publicité à l'étranger? Ce qu'il veut c'est la publicité en France et les publications à l'étranger n'en sont en aucune façon un élément.

§ III. — SANCTION DE L'ART. 170.

Nous savons où et comment doivent se faire les publications prescrites. Abordons maintenant la grande question qui domine tout ce chapitre et demandons-nous quelle est la sanction de l'art. 170. Pour la validité du mariage célébré à l'étranger, la loi exige trois conditions. — I. Célébration selon les formes usitées dans le pays. — II. Observation des dispositions contenues au chap. Ier du Titre du mariage. — III. Existence des publications prescrites

par l'art. 63 au Titre des Actes de l'état civil. — Si l'une de ces conditions est violée, quel sera le sort du mariage ?

La nullité absolue est admise sans contestation, lorsque les formes usitées dans le lieu de la célébration n'ont pas été observées à moins cependant qu'il ne s'agisse d'un mariage diplomatique. Mais il n'en est pas de même dans le cas de la violation de l'une des deux autres conditions ; les interprètes se sont divisés et trois principaux systèmes ont pris naissance ; les uns ont soutenu qu'en aucun cas la violation de l'art. 170 n'autorisait les tribunaux à prononcer la nullité, les autres ont accordé aux magistrats un pouvoir discrétionnaire, d'autres enfin ont admis sans hésitation la nullité absolue dans tous les cas. Nous ne reproduirons pas les nombreux arguments invoqués en faveur de chacune de ces opinions, non plus que les arrêts contradictoires que la Cour suprême a rendus à ce sujet. Tout le monde les connaît.

Pour nous, en présence des termes formels de l'art. 170, des discussions qui en ont accompagné l'adoption au sein du Conseil d'État, la nullité absolue du mariage semble être la seule sanction admissible du défaut de publications en France ou d'actes respectueux, « Le mariage sera valable, pourvu,... « dit l'art. 170, qu'il ait été précédé de publications « en France et que le Français n'ait point contre- « venu aux dispositions du chapitre Ier. » Donc il ne sera pas valable, c'est-à-dire il sera nul, si l'une de

ces deux conditions fait défaut. — Telle est l'interprétation naturelle de notre article, tel est le sens qui, à la simple lecture du texte, se présente naturellement à l'esprit. Dire que l'art. 170 ne prononce pas expressément la nullité, c'est nier l'évidence, la conjonction *pourvu que* exprime un moyen rigoureusement nécessaire, elle n'a pas deux sens possibles. — La seule existence de ce texte, indépendamment de tout autre motif, nous semble donc péremptoire ; mais cette rigueur n'est-il pas possible de l'expliquer? La publicité légale qui est une des conditions constitutives du mariage se compose en France de plusieurs éléments : la publicité *antérieure*, c'est-à-dire les publications, la publicité *concomitante*, c'est-à-dire la célébration du mariage en présence de témoins, devant un officier public, toutes portes ouvertes; que l'un de ces éléments vienne à manquer, le mariage n'est pas nécessairement nul. — Quand, au contraire, le mariage est contracté à l'étranger, ce dernier élément de la publicité n'existe pas au regard de la loi française, puisque, si les lois locales autorisent le mariage clandestin, nous serons forcés d'en reconnaître la validité. La seule publicité, légalement admise en France, résulte donc uniquement des publications ordonnées par l'art. 63 qui acquièrent dès lors un tout autre caractère, une importance bien plus grande que lorsqu'elles s'appliquent à un mariage célébré en France; si elles font défaut le mariage est clandestin aux yeux de la loi française, par suite absolument nul.

Le « pourvu que » de l'art. 170 ne vise pas seulement le défaut de publications, mais encore toute contravention aux dispositions du chap. Ier. Or parmi ces dispositions se trouve la nécessité des actes respectueux. Adopterons-nous la même sanction? Il serait illogique de faire une distinction là où la loi n'en fait pas, et quelque dure qu'elle puisse paraître en ce cas particulier, nous nous inclinerons devant la netteté de ses termes. Le législateur a pu tenir à ce qu'un descendant ne fit jamais à son ascendant l'outrage d'aller se marier à l'étranger sans lui demander au moins son avis, sans l'avertir de son projet.

Si d'ailleurs, pour le mariage célébré en France, il n'attache à la violation de ses prescriptions aucune nullité, c'est que, outre ce que nous avons dit pour démontrer l'importance toute exceptionnelle des publications, leur observation est suffisamment garantie par les peines qui atteindraient l'officier de l'état civil s'il procédait au mariage. Or, quand il s'agit d'un mariage célébré par un officier étranger, cette sanction s'évanouit et la nécessité des actes respectueux deviendrait une vaine formalité si elle n'était autrement garantie.

Mais pénétrons dans le sein du Conseil d'État, écoutons les discussions qui s'y produisent. Le premier Consul, qui s'était toujours opposé aux publications, comprend la gravité de cette prescription, « Faut-il donc, s'écrie-t-il, en admettant une for-
« malité qu'il n'est pas toujours possible de remplir,

« et qui, par cette raison, sera quelquefois omise.
« *préparer des nullités.* » PRÉPARER DES NULLITÉS ! ! Aucun doute dans son esprit sur la sanction de l'art. 170. — Dure nécessité sans doute, mais nécessité absolue car « les publications, répond M. Tronchet, « sont indispensables pour empêcher les contraven- « tions aux dispositions du chap. Ier. »

Et parmi ces conseillers d'État qui, dans quelques instants, vont se préoccuper de la sanction de l'art. 171, aucun n'élève la voix pour demander quelle sera là sanction de l'art. 170, aucun ne propose de modifier une rédaction au moins dangereuse ! C'est que la sanction se trouve évidemment indiquée par les termes même de l'article qui leur est soumis. — Qu'ils n'aient pas songé à ce moment-là que parmi les dispositions du chap. I dont ils sanctionnaient si sévèrement la violation, se trouvait la nécessité des actes respectueux, c'est bien possible, il ne nous appartient pas de scruter leurs pensées. Il nous est seulement permis de l'interprèter par leurs paroles et au besoin par leurs silences.

Quelles sont les objections qui nous sont faites ? Le législateur consacre aux nullités de mariage tout un chapitre, remarquent nos adversaires ; ne serait-il pas bizarre qu'il fût allé réléguer dans un autre chapitre, dans un article isolé, une nouvelle cause de nullité, la plus rigoureuse de toutes. — A ceci nous pourrions répondre que l'art. 170, réglant à lui tout seul les mariages célébrés à l'étranger, statue à la fois sur les conditions de forme et de validité, mais

est-il donc bien certain que le chap. IV du titre « Du mariage » ne contienne aucunue disposition en notre faveur, et ne peut-on pas dire que l'art. 191 qui prononce la nullité absolue pour clandestinité ou incompétence de l'officier de l'état civil consacre implicitement notre système? — Mais, ajoute-t-on, les lois Françaises ne peuvent régir plus sévèrement les Français lorsqu'ils sont à l'étranger que lorsqu'ils sont en France. — Et pourquoi donc? Les situations sont-elles semblables? Est-il extraordinaire que la loi française soit plus sévère pour les nationaux qui se trouvent à l'étranger que pour ceux qui résident sur le territoire, qu'elle exige dans le premier cas des marques de soumission et de respect qui sont inutiles dans le second? — Enfin si l'effet de ces lois personnelles ne devait pas être modifié dans ce cas particulier, à quoi bon alors la disposition de l'art. 170 après le principe général de l'art. 3?

La nullité admise, quel en est le caractère et par qui peut-elle être demandée? — Les termes de l'art. 170, rapprochés de ceux de l'art. 191 ne nous paraissent pas laisser de place à plusieurs systèmes. La nullité établie par l'art. 170 est absolue; elle peut être invoquée par les époux, par les père et mère, par les ascendants, par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, enfin par le ministère public. — Mais l'action sera purement facultative pour le ministère public qui demeure toujours libre d'apprécier l'opportunité des poursuites. « Le mi-

nistère public ne doit se montrer que lorsque le vice du mariage est notoire. Il y souvent plus de scandale dans les poursuites indiscrètes d'un délit obscur, ancien ou ignoré qu'il n'y en a dans le délit lui-même. (1) » — Absolue et facultative, tels sont donc, selon l'expression de M. Laurent, les caractères de la nullité qui résulte de l'admission de notre doctrine.

Nous croyons en résumé que l'unique sanction de l'art. 170 est la nullité, que les tribunaux sont absolument liés par le texte de la loi et que quelqu'inique que puisse être la cassation d'un mariage célébré dans de telles conditions, cette cassation s'impose à tout interprète jaloux de se conformer au texte de la loi et à la volonté du législateur. — Est-ce à dire que nous approuvions la disposition de l'art. 170? — Non certes et s'il s'agissait de refaire la loi nous nous opposerions de toutes nos forces à l'adoption d'un système absolu, qui ne sachant pas se prêter aux exigences de la pratique, ne permettant pas d'apprécier les mobiles, de tenir compte des circonstances, frappe avec la même force ceux qui ont violé la loi sciemment et dans le but de se soustraire à une formalité gênante et ceux que leur négligence ou l'impossibilité matérielle seules ont amené à méconnaître ses prescriptions. Le système de M. Demolombe nous semble bien préférable en législation et, en terminant cette étude, nous ne pouvons, sans cependant nous faire d'illusions sur la

(1) Portalis. — *Discours de présentation au Corps législatif.*

réalisation, qu'exprimer le vœu de le voir bientôt consacré par une disposition législative.

APPENDICE. — ÉTUDE DE L'ARTICLE 171.

« Dans les trois mois après le retour du Français « sur le territoire de la République, l'acte de célé- « bration du mariage contracté en pays étranger, « sera transcrit sur le registre public des mariages « du lieu de son domicile. » (Art. 171.)

Cet article, comme le précédent, vise uniquement les mariages célébrés à l'étranger selon les formes locales, il suppose que ces mariages ont été valablement contractés selon la loi française et ordonne au Français qui est de retour dans son pays d'en requérir la transcription sur les registres de l'état civil.

Quel est le but de cette disposition? On pourrait croire à première vue qu'elle a été introduite dans une idée de publicité. Mais cette interprétation n'est fondée sur aucun texte et rien dans les travaux préparatoires ne nous autorise à l'accepter. Portalis s'écrie dans un langage emphatique qu' « il faut que le Français qui s'est marié ailleurs qu'en France vienne faire hommage à sa patrie du titre qui l'a rendu époux et père et qu'il naturalise ce titre en le faisant inscrire dans un registre national. » Tout cela ne signifie pas grand'chose; au Conseil d'État le mot de *publicité* ne fut même pas prononcé.

— Nous croyons que cet article constitue uniquement une mesure d'ordre dans l'intérêt de tous ceux qui ont besoin d'un acte de l'état civil et qu'il a seulement pour but d'éviter les frais, les embarras, les lenteurs qu'exigeraient les expéditions des actes de mariage célébrés à l'étranger, s'il fallait pour les obtenir s'adresser aux officiers étrangers. — Le Code prescrit en effet la même formalité aux agents français pour les actes de l'état civil reçus pendant un voyage en mer, ou à l'armée en pays étranger (art. 59-61, 86-95). Nos consuls sont tenus de s'y conformer aux termes de l'ordonnance de 1833. Dans le cas qui nous occupe, le législateur n'ayant aucune autorité sur les officiers étrangers, s'adresse aux parties elles-mêmes.

Mais alors se pose la même question que pour l'art. 170. Quelle est la sanction du défaut de transcription? Nous ne reproduirons pas les divers systèmes auxquels a donné lieu cette rédaction. — Les uns ont prétendu que le mariage ne produirait aucun effet civil en France, tant que l'acte de célébration ne serait pas transcrit, c'est-à-dire que les enfants seraient illégitimes, que les époux seraient complètement étrangers l'un à l'autre et pourraient dès lors contracter une nouvelle union, qu'en un mot, il ne serait tenu aucun compte des faits qui auraient pu se passer à l'étranger, tant que ces faits n'auraient pas été consignés sur un registre français. — Les autres, moins entiers et croyant que l'unique but de la transcription était de donner de la publicité

au mariage, ont voulu distinguer parmi les effets du mariage, ceux qu'il ne produit qu'en raison de la publicité dont la loi le suppose entouré (tels que l'incapacité de la femme, l'existence de son hypothèque légale), d'avec ceux qui sont le résultat du mariage en soi indépendamment de sa publicité (l'empêchement à un second mariage, la légitimité des enfants, les droits de succession). — D'autres enfin, et ce sont maintenant les plus nombreux, s'appuyant sur le silence de l'art. 171, sur les procès-verbaux du Conseil d'État, et montrant les conséquences auxquelles conduirait l'adoption de l'un des systèmes précédents, repoussent toute espèce de sanction; ils admettent cependant que, si la femme a contracté sans faire connaître sa qualité, les tribunaux pourraient tenir compte des circonstances et apprécier avec une certaine latitude, eu égard à la bonne foi des tiers et aux agissements plus ou moins frauduleux des époux, le montant des dommages-intérêts qui seraient exigibles (Art. 1382) (1).

Cette dernière opinion, à laquelle M. Demolombe (2) est venu apporter l'appui de son autorité est, croyons-nous, la seule admissible, surtout si l'on veut bien se rappeler la discussion qui eut lieu au sein du Conseil d'État. Le projet primitif était en effet ainsi conçu : « Trois mois après le retour du Français sur le territoire de la République, l'acte de célébratien du mariage contracté à l'étranger,

(1) TRIBUNAL DE NICE. 1er décembre 1873 (SIREY, 1875, 2, 317).
(2) DEMOLOMBE. — t. III, p. 358.

doit être enregistré à peine d'un double droit d'enregistrement. Cet acte doit être encore dans le même délai, reporté et transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile, sous peine, à défaut de ce report, d'une amende qui ne pourra être moindre de cent francs, ni excéder mille francs. » Mais M. Réal fit observer que ces dispositions pénales, destinées à assurer l'exécution de l'art. 171, étaient inutiles, parce qu'elles se trouvaient déjà dans les lois sur l'enregistrement. Le Conseil se contenta de cette affirmation inexacte, et adopta l'article après les avoir retranchées (1). Nous n'avons pas, dès lors, le droit de suppléer à cette lacune et nous pensons avec M. Mourlon que « la seule sanction de l'art. 171 sera les difficultés et les lenteurs que présentera la preuve du mariage, lorsqu'il n'aura pas été régulièrement transcrit sur les registres français (2). »

Le gouvernement du reste l'a compris, et renonçant à provoquer des mesures vexatoires contre les Français qui, après s'être mariés à l'étranger, reviennent en France et négligent de faire transcrire leur acte de mariage sur les registres de l'état civil de leur domicile, il essaie d'atteindre, par la conclusion de conventions internationales, le but que s'était proposé le législateur de 1803. Nous avons déjà parlé de ces conventions au chapitre

(1) *Procès-verbaux du Conseil d'Etat :* séance du 4 Vendémiaire an X, II, n° 23.
(2) Mourlon. *Revue du droit français et étranger*, t. I, p. 885.

« des Actes de l'état civil. » Nous n'avons donc pas à y revenir.

SECTION II. — LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

En général, dans les pays qui suivent le droit canon, il n'y a pas de mariage devant l'officier de l'état civil ; la bénédiction nuptiale doit être donnée par le curé compétent qui reçoit le consentement des époux en présence de deux témoins ; elle doit être précédée de trois publications faites en chaire, pendant trois jours de fêtes ; mais l'omission de ces publications n'est pas une cause de nullité.

Dans les pays, au contraire, qui se conforment au Code Napoléon, le mariage se fait devant l'officier de l'état civil après deux publications et la loi ne se préoccupe pas de la célébration religieuse, absolument inutile pour l'existence légale du mariage.

Mais, outre que quelques législations s'écartent des deux systèmes généraux que nous venons de reproduire, il est à remarquer que dans plusieurs pays des dispositions spéciales visent le mariage entre nationaux et étrangers ou entre étrangers seulement. Ce sont ces dispositious que nous allons étudier.

ITALIE. — « Acte religieux produisant des effets civils, » tel était le caractère du mariage dans la plupart des États de l'Italie ; l'union était prononcée

par le curé, suivant les formalités du droit canonique : les empêchements du mariage étaient ceux édictés par l'Église; les non-catholiques toutefois pouvaient se marier selon les usages et réglements de leur culte, pourvu que ce culte fût reconnu par l'État.

La promulgation du Code de 1865 a donc produit une véritable révolution; au mariage religieux il a substitué le mariage civil, seul valable aux yeux de l'État; désormais le mariage ne relève que de la loi civile; elle en détermine les formes, les conditions, les effets. Mais, plus libéral que le nôtre, le Code Italien n'a pas adopté les dispositions des art. 199 et 200 qui interdisent aux prêtres, sous peine d'amende, de bénir un mariage qui n'a pas été célébré devant l'autorité civile. Cet hommage rendu à l'indépendance de l'autorité spirituelle constitue-t-il un progrès? Ne présente-t-il pas, au contraire, en pratique, de sérieux dangers? Nous n'avons pas à traiter cette question qui a fait en Italie l'objet de nombreuses controverses et que M. Glasson a si savamment exposée dans son dernier ouvrage(1). Quant à nous, nous ne saurions reconnaître, à l'époque actuelle, le mariage contracté par deux Français en Italie seulement devant l'autorité religieuse. Depuis le Code de 1865, les formes du mariage sont purement civiles dans la législation Italienne, c'est à l'observation de ces formes que nous devons uniquement nous attacher.

(1) M. Glasson, *le Mariage et le Divorce*.

Le Code Italien consacre un chapitre au mariage des Italiens à l'étranger et des étrangers en Italie. Nous y relèverons les deux articles suivants :

Art. 102.— « La capacité de l'étranger pour contracter mariage est déterminée par la loi du pays auquel il appartient. — Néanmoins l'étranger est aussi soumis aux empêchements énumérés dans la 2e section du chapitre Ier de ce titre. »

Art. 103. — « L'étranger, qui veut contracter mariage dans le royaume, doit présenter au bureau de l'état civil une déclaration de l'autorité compétente du pays auquel il appartient, qui prouve que, d'après la loi dont il dépend, rien ne s'oppose au mariage. Si l'étranger a sa résidence dans le royaume, il doit en outre faire effectuer les publications selon les dispositions du présent Code. »

Ainsi le Code Italien tient compte de la loi étrangère en ce sens qu'il n'autorise pas la célébration d'un mariage contrairement aux dispositions de cette loi, mais il exige en outre que les futurs époux ne soient pas dans un des cas prévus par la 2e section du chapitre Ier du titre du mariage ; cette section correspond au chapitre Ier du même titre au Code civil et contient presque les mêmes dispositions. Les Français qui voudront contracter mariage en Italie n'auront donc pas à se plaindre de cette prescription ; toutefois nous ne pouvons l'approuver et nous avons été surpris de la trouver dans un Code dont les premiers articles tiennent un si large compte des idées nouvelles. Le législateur Italien,

a voulu en un mot que les futurs époux étrangers soient capables de contracter mariage à la fois d'après la loi étrangère et d'après la loi Italienne; il n'a pas su faire la distinction entre les principes fondamentaux de la société que personne ne doit pouvoir impunément violer et les règles établies pour les seuls citoyens, qui, pour eux, constituent des dispositions d'ordre public, mais ne devraient pas obliger les étrangers.

L'art. 103 exige une déclaration de l'autorité compétente du pays de l'étranger constatant que, d'après sa loi nationale, rien ne s'oppose au mariage qu'il veut contracter. C'est une excellente disposition que nous ne saurions trop approuver malgré les difficultés pratiques que peut parfois présenter son exécution; nous la retrouverons du reste dans quelques autres législations.

L'art. 368 autorisant la réception des actes de l'État civil des Italiens à l'étranger par les agents diplomatiques ou consulaires accrédités dans le pays, pourvu que les formes italiennes soient observées, nous croyons que les tribunaux italiens n'hésiteront pas à reconnaître le mariage de deux Français devant un agent consulaire ou diplomatique Français accrédité en Italie; mais le chapitre consacré au mariage des étrangers ne mentionne pas ce mode de célébration, et nous avons trouvé un arrêt récent du tribunal civil de Viterbe (10 sept. 1874) qui pourrait faire naître quelques doutes. « Le mariage d'un étranger en Italie, dit cet arrêt, soit avec un autre

étranger, soit avec une personne de nationalité italienne, doit être célébré dans les formes prescrites par la loi italienne, et non dans les formes de la loi nationale de l'étranger.» Cette décision qui pourrait du reste s'appuyer sur la doctrine émise en France par M. Favard de Langlade nous parait un peu trop générale.

Dans l'espèce, la cassation du mariage était justifiée, car il s'agissait d'un sujet pontifical qui avait épousé, en 1868 (alors que les États pontificaux n'avaient pas encore été réunis à l'Italie), une femme italienne; les formes employées avaient été exclusivement religieuses, celles du Concile de Trente, le mariage n'avait donc été célébré, ni conformément aux lois locales, ni devant les agents diplomatiques ou consulaires des États pontificaux, mais, nous le répétons, les expressions des juges italiens sont trop absolues.

Autrefois, en ALLEMAGNE, le mariage était exclusivement religieux; pour les catholiques, les formes du concile de Trente; pour les protestants, les formes antérieures au concile, c'est-à-dire le simple échange des consentements sans la nécessité d'une bénédiction nuptiale; cependant, au XVIIe et au XVIIIe siècles, l'Église protestante, suivant en cela l'exemple de l'Église catholique, ne consentit plus à tolérer les mariages clandestins et ordonna, pour la validité de la célébration, l'intervention de ses ministres. Tel était, au commencement du siècle, le droit commun alle-

mand en matière de mariage, mais avec nos armées beaucoup d'institutions françaises entrèrent dans ces contrées, quelques-unes y sont restées : le mariage civil avait été adopté dans certaines parties de l'Allemagne, entre autres dans la Prusse rhénane ; quelques lois l'étendirent à toute la monarchie prussienne mais seulement pour les Juifs (23 juillet 1847) et pour les personnes appartenant à une religion non reconnue par l'État, ou dont les ministres n'avaient pas reçu de l'État le pouvoir de célébrer le mariage. Ces dispositions furent bientôt consacrées dans le Hanovre, dans la Hesse électorale et dans le duché de Nassau. Le mariage religieux n'en restait pas moins obligatoire pour toutes les autres personnes.

Ces différentes mesures, jointes aux écrits des jurisconsultes allemands, permettaient de prévoir dans un avenir prochain une transformation plus complète ; ce fut la Prusse qui prit l'initiative : le 9 mars 1874 était promulguée la loi nouvelle qui sécularisait le mariage ; cette loi n'avait de force qu'en Prusse, mais elle a été presqu'aussitôt remplacée par une loi d'Empire, votée par le Reischtag, qui applique à toute l'Allemagne les mesures récemment votées par les Chambres prussiennes ; cette loi, promulguée par l'Empereur le 6 février 1875, reproduit un grand nombre des dispositions de la loi prussienne; elle déclare, nous l'avons vu au chapitre précédent, les ministres des différents cultes incapables de tenir les registres de l'état civil, en réglemente la rédaction et la conservation, organise enfin

toutes les affaires de l'état civil. Le titre quatrième, le seul qui nous intéresse en ce moment, est relatif aux formes du mariage : à la forme religieuse, jusqu'alors seule usitée, est substitué le mariage purement civil. « Du mariage religieux la loi ne s'occupe plus aujourd'hui que pour en prohiber, comme en France, la célébration avant le mariage civil (1). » — La loi allemande n'exige qu'une seule publication qui pourra être faite par tout officier de l'état civil compétent pour célébrer le mariage (art. 46); on peut être dispensé de cette publication par l'autorité supérieure et même, en cas d'urgence, par l'officier de l'état civil lui-même (art. 50). L'officier de l'état civil a, du reste, un certain pouvoir discrétionnaire; sous sa responsabilité, il peut dispenser de la production de tout ou partie des pièces nécessaires à la célébration, il a le droit de demander aux futurs époux d'affirmer sous serment l'exactitude des faits qu'ils avancent, il peut déléguer ses pouvoirs à l'un de ses collègues (art. 42 et 43). La loi allemande n'exige que deux témoins; elle défend le mariage par procureur, sauf pour les membres des familles souveraines.

En Prusse, un ordre du cabinet du 28 avril 1845 imposait à l'étranger, qui voulait épouser une Prussienne, l'obligation de présenter un certificat du magistrat de son pays, attestant qu'il est capable de se marier, et qu'à son retour dans sa patrie, il ne rencontrera aucun obstacle pour faire reconnaître sa

(1) M. Glasson. — *Le Mariage et le Divorce.*

femme et ses enfants comme légitimes. — Une loi du 31 mars 1864 reproduit cette disposition en l'étendant expressément aux mariages entre deux étrangers. Les officiers civils ou ecclésiastiques qui procéderaient officiellement à la célébration d'un tel mariage sans exiger la justification de la capacité d'après les lois nationales seraient passibles d'une amende. Néanmoins, les ministres de la justice, des cultes et de l'intérieur peuvent, dans des cas spéciaux, dispenser de la production des certificats. C'est ainsi qu'une circulaire ministérielle accorde cette dispense aux sujets britanniques et américains qui n'ont pas les moyens de se procurer de semblables documents : on ne leur demande qu'une chose, c'est d'établir leur qualité d'Anglais ou d'Américain par un passeport de leur gouvernement ou un certificat de l'agent diplomatique. — Les nationaux français n'ont pas davantage besoin de produire une pièce qu'il leur serait souvent difficile de se procurer, ils doivent seulement établir leur qualité.

ANGLETERRE. — Jusqu'au siècle dernier, l'autorité civile n'avait pas songé à réglementer le mariage, et les principes du droit canonique antérieurs au concile de Trente étaient seuls en vigueur dans le Royaume-Uni. La tenue des registres de l'état civil par des fonctionnaires civils a été instituée par des actes du Parlement sous les règnes de Guillaume III, de Georges III, de Guillaume IV et de la Reine Victoria.

L'Angleterre est de tous les pays européens celui où les formes du mariage sont les plus simples. Le mariage civil et le mariage religieux y coexistent, mais le mariage religieux est soumis à certaines formalités établies par la loi civile.

Le mariage célébré suivant les rites de l'Église anglicane doit être précédé de publications faites à la fois par l'autorité religieuse et l'autorité civile; le ministre ne peut procéder à la célébration que sur la production d'un certificat du *registrar* (l'officier de l'état civil) constatant que les délais de publications sont expirés sans qu'il ait été fait d'opposition. L'acte de mariage est inscrit sur les registres de la paroisse et sur ceux de l'état civil. — Si les époux appartiennent à une autre religion, il faut de plus que la célébration du mariage ait lieu dans un édifice désigné par l'autorité civile en présence du *registrar* et de deux témoins.

A côté de ce mariage religieux, nous trouvons lè mariage simplement civil devant le *registrar* du district assisté de deux témoins. Le *registrar* dispense facilement de la formalité des publications civiles. — A quelque religion qu'appartiennent les contractants, ils ont le choix entre ces deux formes.

Cette législation ne s'étend ni à l'Écosse, ni à l'Irlande. — En IRLANDE, à côté du mariage célébré suivant les formes de l'Église anglicane et soumis aux mêmes règles qu'en Angleterre, nous trouvons le mariage entre catholiques romains régi par les

décrets du concile de Trente, le mariage célébré par les ministres dissidents, le mariage entre quakers, etc., etc. En Écosse les principes du droit canonique antérieurs au concile de Trente sont encore en vigueur ; les mariages célébrés selon ces formes sont qualifiés de *réguliers ;* mais à côté, il y a les mariages *irréguliers* qui du reste, produisent absolument les mêmes effets. L'échange des consentements de s'unir actuellement (*verba de præsenti*) ou la promesse de s'unir plus tard (*verba de futuro*) pourvu que, dans ce dernier cas, elle ait été suivie de la cohabitation, qui est considérée comme l'exécution de la promesse, suffisent absolument pour la validité du mariage. Telle a été la cause des mystérieux et légendaires pèlerinages de Gretna-Green. En Angleterre comme dans la plupart des législations étrangères, la règle « locus regit actum » était absolument consacrée. Lors donc que, sous le règne de Georges II, la validité des mariages par *verba de præsenti* fut méconnue et qu'un acte du Parlement ordonna la célébration dans une église paroissiale ou chapelle publique, l'Écosse devint le refuge de tous ceux qui rencontraient en Angleterre des obstacles à leur union. Gretna-Green était un village écossais, situé à la frontière. Un forgeron, esprit pratique, auquel les occupations de son métier laissaient quelques loisirs, sut tirer un heureux parti de cette situation exceptionnelle. Transformant sa forge en bureau de l'état civil, il s'improvisa *registrar* et reçut les serments de plusieurs milliers

d'heureux couples, jaloux de jouir en paix de leur bonheur et d'échapper, au prix d'un petit voyage, aux longues et gênantes formalités d'une loi minutieuse. — Simple témoin plutôt que véritable officier de l'état civil, notre homme dressait acte des consentements qui étaient échangés devant lui, et, moyennant une légère rétribution, il délivrait aux intéressés des extraits de ces actes. —Aujourd'hui les formes simplifiées du mariage en Angleterre ont fait tomber les pèlerinages de Gretna-Green en désuétude. Seule l'Académie nationale de musique en a voulu conserver le souvenir en donnant ce nom poétique à l'un des plus jolis ballets du répertoire.

En AUTRICHE, le mariage a un caractère mixte, c'est une cérémonie religieuse réglementée par la loi civile. Le Code de 1811, sans oser proclamer le mariage civil, méconnaissait cependant certaines dispositions du droit canonique : suppression des fiançailles, nécessité pour les mineurs du consentement paternel, etc. Le mariage est célébré à l'Église, les publications sont confiées à l'autorité ecclésiastique. Le curé est un véritable officier de l'état civil et il est compétent même pour les mariages entre catholiques et non catholiques. S'il refuse de procéder au mariage, les futurs époux pourront appeler de cette décision et alors ce sera la juridiction civile qui tranchera la question.

L'Église, mécontente de cette immixtion du pouvoir temporel fit entendre des plaintes sérieuses et,

à la suite du Concordat, une patente et une loi du 8 octobre 1856 ont remis en vigueur purement et simplement les décrets du concile; les tribunaux ecclésiastiques ont été rétablis et les mariages entre catholiques et non-catholiques permis à certaines conditions seulement; cette législation rétrograde ne devait pas être de longue durée : une loi du 25 mai 1868 l'a abrogée et a remis en vigueur le Code de 1811; ce sont donc les dispositions mixtes que nous avons analysées à la page précédente qui régissent aujourd'hui le mariage en Autriche; toutefois à côté d'elles, le législateur de 1868, pour donner satisfaction aux tendances libérales de l'époque, a cru devoir établir le mariage civil, mais seulement à titre d'expédient ou de pis aller. « Lorsqu'un des « pasteurs, porte l'art. 2 de la loi, chargés aux « termes du Code civil général de la publication « des bans de mariage, refuse de s'en charger ou « lorsque l'un des pasteurs chargés de recevoir la « déclaration solennelle du consentement et devant « lequel les fiancés se sont présentés dans ce but, « refuse d'accepter la déclaration solennelle du con- « sentement au mariage pour une cause d'empêche- « ment qui n'est pas reconnue par la loi de l'État, il « est loisible aux fiancés de réclamer la publication « de leurs bans par l'autorité civile et de faire de- « vant celle-ci la déclaration de leur volonté com- « mune de s'unir. »

L'art. 64 du Code civil défendait le mariage entre chrétiens et non-chrétiens. Une loi du 9 avril 1870,

établit pour les dissidents, c'est-à-dire ceux qui n'appartiennent à aucun des cultes reconnus par l'État, le mariage civil obligatoire devant l'autorité communale. Il est donc possible maintenant de tourner l'art 64 en faisant une fausse déclaration. La Chambre des députés avait réclamé le mariage tel qu'il existe en France ; ce vœu n'a pas été entendu, mais il est raisonnable d'espérer que, dans un avenir prochain, les dispositions de notre Code civil passeront dans la législation autrichienne.

Les Français qui veulent contracter mariage en Autriche ont donc actuellement le choix entre l'un des pasteurs des cultes reconnus par l'État et l'autorité civile, selon la religion à laquelle ils déclareront appartenir et la France reconnaîtra indifféremment la validité de leur mariage.

La législation autrichienne est généralement en vigueur dans la BOSNIE et l'HERZÉGOVINE qui sont en quelque sorte placées sous le protectorat de l'Autriche.

BELGIQUE. — Le Code civil est en vigueur en Belgique comme en France. Les formes du mariage sont donc exclusivement civiles. L'état et la capacité des étrangers sont, comme en France, appréciées d'après la loi étrangère (1) et les officiers de l'état civil belge refuseraient certainement de procéder à la célébration d'une union entre deux étrangers non-domiciliés en Belgique et incapables

(1) E. HAUSS. — *Droit privé*, p. 141.

d'après leurs lois nationales. — Pour faciliter la preuve de la capacité de leurs nationaux respectifs en matière de mariage, la Belgique et la France ont signé à Paris le 18 octobre 1879 par l'entremise de MM. Waddington, Ministre des Affaires Etrangères et le baron de Beyens, Envoyé Extraordinaire et Ministre Plénipotentiaire de Belgique, une déclaration qui a été approuvée le 24 octobre par le Président de la République. — « Les actes à produire, » porte la déclaration, pour contracter mariage en » France par les Belges et en Belgique par les » Français, seront à l'avenir admis par les officiers » de l'état civil des deux pays, lorsqu'ils auront » été légalisés, soit par le président d'un tribunal, » soit par un juge de paix ou son suppléant. Au- » cune autre légalisation ne sera exigée par l'offi- » cier de l'état civil, hormis le cas où il y aurait » lieu de mettre en doute l'authenticité des pièces » produites. (1) »

Une convention semblable a été signée par la France avec le Grand-Duché de Luxembourg, le 24 décembre 1868.

En Danemark, le mariage, quant aux conditions nécessaires pour le contracter, et aux effets qui y sont attachés, est régi par la loi civile, mais les formes sont exclusivement religieuses.

Espagne. — Le 12 juillet 1854, une « *cedule real* »

(1) *Journal officiel*, 25 octobre 1879.

de Philippe II avait adopté les décrets du Concile de Trente. L'Espagne, dit M. Glasson, est le pays où s'est fait le plus sentir l'influence du droit canonique : pendant de longues années le mariage y a été régi par les décrets du Concile de Trente ; cependant en 1870 une révolution semblable à celle que nous venons d'étudier en Italie, a substitué le mariage civil au mariage religieux, mais en proclamant, comme en Italie, l'indépendance réciproque des deux pouvoirs spirituel et temporel ; l'effet produit a été désastreux : sous l'influence d'un préjugé populaire, les Espagnols ont considéré comme un acte d'impiété la célébration du mariage devant le pouvoir civil et, usant de la dangereuse latitude que leur avait laissée le législateur, se sont contentés de s'unir devant le pouvoir spirituel. En présence de la résistance de ses sujets, don Alphonse a rendu le 9 février 1875 un décret qui change complétement la législation en vigueur. Le mariage civil n'est plus obligatoire, il existe seulement à côté du mariage religieux qui reprend toute la valeur qu'il avait autrefois ; toutefois ceux qui répugnent à se marier devant l'officier civil, doivent, sous peine d'amende, dans les huit jours de la célébration religieuse, se faire délivrer un certificat par l'autorité ecclésiastique et demander l'inscription de leur mariage sur les registres de l'état civil. Cette inscription ne constitue, du reste, qu'une formalité probante dont le défaut n'empêcherait nullement le mariage d'être valable.

Les Français qui se trouveront en Espagne pourront donc indifféremment faire célébrer leur mariage par l'autorité civile ou par le pouvoir spirituel; en vertu de la règle *locus regit actum*. la France reconnaîtra également ces deux modes.

HOLLANDE. — Les dispositions de notre Code civil sur les formes du mariage ont été consacrées en Hollande par le législateur de 1838. Les fiançailles ont été supprimées, les promesses de mariages considérées comme sans valeur. Le mariage religieux est une formalité abandonnée à la discrétion des intéressés ; la loi ne s'en occupe que pour en interdire, comme en France, la célébration avant celle du mariage civil qui seul, aux yeux de la loi néerlandaise, peut produire des effets civils.

En NORWÉGE, si les époux ne sont pas de la religion de l'État, le mariage a lieu par devant notaire, même sans publications (loi du 16 juillet 1815). Dans le cas contraire, il est célébré par le ministre luthérien dans l'église et dans la commune du domicile de la femme.

PORTUGAL. — Le Code civil portugais reconnaît, comme les lois espagnoles, deux sortes de mariage; le mariage religieux, selon les règles du Concile de Trente, pour les catholiques, le mariage devant l'officier de l'état civil pour les autres personnes. — Nos nationaux auront donc dans ce pays la même situation qu'en Espagne.

ROUMANIE. — Le Code roumain qui est en vigueur depuis une dizaine d'années reconnaît le mariage civil, mais l'article 22 de la Constitution impose, en outre, et comme condition nécessaire de la formation du mariage, la bénédiction religieuse.

RUSSIE. — Contrat religieux en la forme, mais réglementé, quant à ses conditions et à ses effets, par la loi civile, le mariage présente ce caractère mixte et incertain dont nous l'avons déjà trouvé revêtu dans quelques-unes des législations européennes. En Russie, nous dit M. Glasson, toutes les religions sont également reconnues, mais à la condition qu'elles se soumettent au régime autocratique et à l'organisation synodale qui est celle de l'Église orthodoxe. Le mariage des orthodoxes est célébré par le ministre de leur culte en présence de deux ou trois témoins; ceux qui professent une autre religion se marient suivant les principes de leur loi religieuse, mais doivent se soumettre à certaines conditions imposées par la loi civile. Le mariage est interdit entre orthodoxes et non-chrétiens. Le mariage entre un orthodoxe et un membre d'une autre religion chrétienne est toléré, mais il doit, dans tous les cas, sauf cependant en Finlande, être célébré par le prêtre orthodoxe, sur autorisation de l'évêque du diocèse.

A côté de ces formes religieuses, nous rencontrons là aussi le mariage civil, mais qu'on y prenne garde, loin de pouvoir être employé comme dans les autres

pays, par tous ceux qui ne veulent pas recourir aux cérémonies religieuses, il est exclusivement destiné à une certaine classe de citoyens, les *sectaires*. A la suite du concile fameux provoqué en 1656 par le patriarche Nikone, l'unité de la religion orthodoxe fut rompue; une imposante minorité refusa d'admettre les innovations introduites au Concile; mais les dissidents eux-mêmes ne purent s'entendre, les uns repoussaient le ministère des prêtres, les autres refusaient de participer aux sacrements. Pierre le Grand essaya d'enrayer ce mouvement à la fois révolutionnaire et religieux, il ne put y réussir et ses persécutions ne firent qu'augmenter le nombre des révoltés en donnant à leur doctrine la consécration du martyre. Cédant aux tendances libérales de son époque, Catherine II leur accorda une sorte de liberté des cultes: le nombre des sectaires continua à croître de jour en jour, et si de nombreuses divisions les séparèrent parfois, ils n'en furent pas moins unis sur un point, la haine commune de la religion orthodoxe. Jusqu'à ces derniers temps, repoussant le ministère des prêtres orthodoxes, n'ayant pas à proprement parler de religion spéciale, reconnue par l'État, ils n'avaient pas d'état civil; dans une situation analogue à celle des protestants en France après la révocation de l'Édit de Nantes, ils se mariaient entre eux selon les différentes formes adoptées par la secte dont ils faisaient partie quelquefois même sans formes aucunes, mais leur mariage n'était pas reconnu par l'État.

Un avis du Conseil de l'Empire, approuvé le 8 avril 1874 et promulgué quelques mois après, est venu mettre un terme à cet état de choses en introduisant, en faveur des dissidents, le mariage civil devant le chef de la police, dans les villes, et l'ancien de la commune, le *volost*, dans les campagnes, en présence de deux témoins. Les sectaires seuls, avons-nous dit, peuvent recourir à ces formes; toutefois ceux qui appartiennent à une secte révolutionnaire, ou qui sont sortis de la religion orthodoxe, ce qui, en Russie, est considéré comme un délit, ne participent pas au bénéfice introduit par la loi de 1874.

Jusqu'à la promulgation de l'ukase impérial du 6 mars 1864, les étrangers qui ne professaient pas la religion orthodoxe, devaient, pour pouvoir contracter mariage en Russie avec une femme orthodoxe, prêter le serment de sujétion et solliciter l'autorisation souveraine. L'art. 20 *in fine* est venu mettre un terme à ces prescriptions vexatoires.

La Serbie, à la suite du congrès de Berlin, qui l'a dégagée de la suzeraineté de la Porte, a adopté un code de lois, sous l'influence de la civilisation européenne. Le code Serbe ne reconnaît pas le mariage civil; le mariage religieux y existe seul, soumis aux formes et aux conditions prescrites par la religion grecque orthodoxe et avec tous les caractères que nous avous rencontrés dans le droit canonique : Les fiançailles, sans êtres obligatoires,

précèdent souvent le mariage; la célébration définitive a lieu à l'église en présence de témoins; les époux prêtent le serment de « vivre ensemble et inséparables, de s'aimer éternellement et de se garder une fidélité inaltérable. »

Nous trouvons en Suède, un système analogue à celui qui est en vigueur en Autriche. Si les deux futurs époux appartiennent à la religion luthérienne qui constitue dans le pays la religion officielle, le mariage sera nécessairement célébré devant le ministre du culte. Pour ceux qui professent une religion autre que la religion de l'État, ils ne pourront se marier devant les ministres de leur culte, qu'autant que le roi aura autorisé ces ministres à procéder aux cérémonies du mariage. Enfin toutes les autres personnes devront avoir recours à l'autorité civile, dans les villes le magistrat, à la campagne le *kronofogde* ou percepteur des contributions.

La législation suédoise contient une institution remarquable, c'est celle des fiançailles que la loi organise de la manière la plus complète et auxquelles elle attache presque tous les effets du mariage: les fiançailles doivent être contractées en présence du *giftoman* et de 4 témoins (le *giftoman* est la personne qui a le droit de disposer de la main d'une fille, son père, sa mère; si tous les deux sont morts, la personne qu'ils ont désignée de vive voix ou par écrit, puis les frères germains, consanguins, utérins). Après les fiançailles contractées, chaque partie a un droit acquis au mariage. A moins donc d'un accord

entre les fiancés pour renoncer à l'union projetée, la justice interviendra et, s'il n'y a pas de justes causes de séparation, condamnera la partie qui refusera de tenir sa promesse à une amende et à des dommages-intérêts. Le mariage célébré à la suite de ces fiançailles est donc plutôt la confirmation d'une union déjà accomplie qu'une union nouvelle. Néanmoins cette confirmation est nécessaire et, tant qu'elle n'a pas été officiellement donnée dans l'une des formes que nous venons d'indiquer, la loi française ne saurait considérer ses nationaux en Suède comme valablement engagés dans les liens du mariage.

La SUISSE tend depuis quelques années à l'unité de législation. La Constitution de 1838, révisée en 1874, donnait à la Confédération le droit de voter des lois communes à tous les cantons en certaines matières. Elle usa presque immédiatement de ce pouvoir pour réglementer le mariage et les actes de l'état civil; la loi du 24 décembre 1874, mise en vigueur le 1er janvier 1876, enlève au clergé, dans les cantons où il en était encore chargé, la tenue des registres et étend à toute la Confédération le mariage civil. Comme en France, il doit précéder le mariage religieux qui n'est plus qu'une satisfaction laissée à la conscience des intéressés.

Parlerons-nous des modifications apportées aux conditions du mariage, de la facilité avec laquelle les Suisses peuvent contracter? (A partir de vingt

ans aucune autorisation de parents n'est nécessaire). Tout cela nous importe peu, car, soucieuse de respecter les lois nationales des étrangers, la Suisse ne leur applique pas toutes ces dispositions.

Aux termes des art. 31 et 37 de la loi fédérale du 24 décembre 1874, la publication et la célébration du mariage que des étrangers se proposent de contracter en Suisse ne peuvent avoir lieu que sur une déclaration des autorités étrangères constatant que le mariage sera reconnu, avec toutes ses suites légales, dans les pays auxquels ces étrangers appartiennent. — Pour donner satisfaction au vœu de la loi fédérale, il a été convenu, de concert entre les départements de la justice et des affaires étrangères, que l'ambassadeur de France à Berne délivrerait aux nationaux Français qui voudraient contracter mariage devant les autorités Suisses l'attestation suivante dont la rédaction a été soumise à l'approbation du Conseil fédéral :

« Nous, Ambassadeur de France en Suisse, sur la demande qui nous en est faite, déclarons qu'il résulte des pièces qui nous ont été présentées :

1° Que M..... est Français,

2° Que les publications à fin de mariage, prescrites par la loi Française, ont été régulièrement faites en France ;

3° Q'aucune opposition ne s'étant produite, et toutes les formalités légales ayant été accomplies, M..... serait admis à contracter mariage en France.

(Puis le texte des art. 170, 12, 10 du Code).

En foi de quoi nous avons délivré la présente déclaration pour servir et valoir ce que de raison.

A Berne, le. . . . .

L'Ambassadeur de France. »

ETATS-UNIS. — L'influence du droit anglais s'est fait sentir aux Etats-Unis, mais les législations américaines n'ont pas suivi dans cette voie les progrès de l'Angleterre. Comme en Suisse, avant la loi du 24 décembre 1874, il n'existe pas de législation uniforme pour toute la Confédération, mais les principes sont semblables dans la plupart des États de l'Union, sauf cependant dans la Louisiane.

Le mariage ne demande aucune espèce de formes; le consentement des parties est suffisant pour le parfaire; tous les moyens de preuve sont admis; la preuve contraire n'est autorisée que si l'on est en état de démontrer l'impossibilité matérielle du mariage. A l'appui de cette doctrine extrême, nous devons citer un jugement célèbre rendu par les Cours de l'État de New-York; ce document que nous avons trouvé dans le journal du *Droit International Privé* (1) est l'application la plus éclatante de ces principes.

M. Bissel désirait se marier, mais sa conscience refusant d'admettre une manifestation extérieure, propre à donner une solennité quelconque à l'union qu'il allait contracter, il s'opposa à la présence de

(1) *Journal du Droit International Privé*, 1878, p. 237.

tout ecclésiastique et de tout magistrat, de tout parent et de tout témoin. Il se contenta d'emmener dans une promenade en voiture la femme qu'il avait choisie et quand ils se trouvèrent seuls, alors que personne ne pouvait les voir ou les entendre, tirant un anneau de sa poche et le passant au doigt de la jeune fille : « Ceci est votre anneau nuptial, nous somme mariés. » Sa compagne ayant donné son assentiment, il ajouta : « Je veux vivre avec vous et prendre soin de vous tous les jours de ma vie vous considérant comme ma femme. » Puis il la conduisit dans une maison où il avait retenu un appartement « pour lui et sa femme » et y passa un mois pendant lequel ils vécurent comme époux légitimes... Leur bonheur ne devait pas être de longue durée ; à la fin du mois la discorde vint s'abattre au milieu du ménage, les époux se brouillèrent et la femme abandonna la maison conjugale ; mais lorsqu'elle voulut faire prononcer la nullité du mariage, elle se heurta contre la loi matrimoniale de l'État de New-York et sa demande fut repoussée.....

Ces principes s'appliquent dans tous les États de l'Union Américaine, quelle qu'ait été la nationalité des colons qui les ont fondés. Dans les États d'origine anglaise, le droit commun anglais au moment de la colonisation était en effet le droit canonique tel qu'il était admis en Angleterre au temps de la Réformation et tel qu'il est resté jusqu'aux changements introduits dans la législation pendant le règne de Georges II. Or, l'Église catholique, qui

était, avant la Réformation, l'Église universelle, reconnaissait la validité du mariage consensuel : si l'autorité ecclésiastique prescrivait les publications de bans, réprouvait les mariages clandestins, recommandait la bénédiction ecclésiastique, elle ne faisait pas néanmoins de l'observation de toutes ces formalités une condition de la validité du mariage et reconnaissait, tout en les blâmant, même les mariages secrets qui n'étaient connus que des parties contractantes, pourvu toutefois que leur existence fût suffisamment prouvée par l'aveu et la conduite des époux. — « L'essence du sacrement de mariage, disait Pierre Lombard, n'est pas la célébration du mariage par le prêtre, mais le consentement du mari et de la femme. » — « Et, affirme M. Wharton, dans une remarquable étude qu'il consacre au mariage d'après les législations américaines, nous pouvons considérer comme établi que dans l'ancien droit canon les théologiens s'accordent à reconnaître la validité des mariages consensuels, alors même que dans ces unions il n'y avait eu ni consentement des parents ou tuteurs, ni bénédiction de l'Église, ni intervention des magistrats civils (1). » — Le Concile de Trente vint modifier tout cela et rendit nécessaire l'intervention du prêtre dans la solennité du mariage; mais les décisions du Concile ne sauraient avoir d'influence sur notre solution : elles ne furent pas en effet reconnues dans les États protestants et par conséquent en Angle-

(1) *Journal du Droit international privé*, 1879.

terre, et la publication, qui, on le sait, est nécessaire pour rendre obligatoires ces décisions, n'ayant jamais été faite dans les colonies américaines soumises alors à l'autorité des souverains catholiques, (la Cour de la Louisiane l'a souvent déclaré), ces colonies, maintenant indépendantes, sont régies, elles aussi, par le vieux droit canon.

Quel est le but de cette législation bizarre et surannée ? — faciliter le mariage, rendre par suite le concubinage impossible, sauvegarder la liberté d'action des contractants, conserver à la femme sa dignité en l'élevant au même niveau que l'homme, tels sont les résultats de cette doctrine, nous répondent les jurisconsultes anglais et américains.— Nous n'avons pas à juger ici ces dispositions : contentons-nous de signaler les dangers qu'elles présentent : cette absence complète de formes rend presque impossible la preuve du mariage, elle jette l'incertitude sur la validité de toutes les unions, les enfants ne sont pas sûrs de leur légitimité, les femmes peuvent craindre à tout instant d'être répudiées : si le concubinage est rendu difficile, la bigamie est encouragée. —Dans l'État de New-York, on a voulu remédier au mal et l'on a prescrit des solennités; mais c'est un conseil plutôt qu'un ordre et, en l'absence de ces solennités, le mariage n'en est pas moins parfaitement valable.

Telles sont les formes, ou plutôt l'absence de formes qui, aux États-Unis, préside au mariage : mal-

gré les périls que présente cette législation, nous ne pouvons que nous incliner devant elle et reconnaître la validité du mariage de nos nationaux en Amérique, pourvu toutefois qu'ils satisfassent aux autres conditions prescrites par le Code. — C'est donc avec raison que la Cour de Bordeaux a décidé, le 14 mars 1849, que l'art. 170 du Code civil qui déclare valables les mariages contractés à l'étranger, s'ils ont été célébrés dans les formes qui y sont usitées, s'applique même au cas où, comme dans l'État de New-York, la loi n'exige aucun acte écrit et se contente de la cohabitation et de la possession d'état d'époux légitimes (1).

Si les législations anglaise et américaine s'en tenaient à cette simplicité de formes, quelque dangereuse qu'elle nous paraisse, nous n'aurions rien à dire, mais il n'en est malheureusement pas ainsi, et jurisconsultes et magistrats n'hésitent pas dans ces deux pays à méconnaître les dispositions du statut personnel des étrangers et à apprécier uniquement d'après les lois locales leur état et leur capacité. — Meier (2) dit d'une manière absolue que la loi du lieu dans lequel le mariage a été contracté doit décider à la fois et des formes à employer, et de la capacité des contractants, et de la validité du mariage. — Wharton (3) décide que « les restrictions locales, non fondées sur la loi naturelle et im-

(1) Dalloz, P. 1852, ii, p. 13.
(2) Meier. *De conflictu legum*, p. 24.
(3) Wharton. *Journal du Droit international privé*, 1879, p. 236.

posées par un État, ne peuvent être appliquées dans un autre État avec les institutions duquel ces restrictions se trouvent en conflit. » A l'appui de son opinion, il cite le refus opposé par le Pape à la demande de Napoléon Ier, qui voulait faire annuler le mariage célébré à Baltimore, le 21 décembre 1803, entre Jérôme Bonaparte et Élisabeth Patterson ; aux yeux de la loi française, l'union contractée par Jérôme Bonaparte, français mineur et domicilié en France, sans le consentement des parents et les publications prescrites par le Code, était absolument nul ; mais les décrets du concile de Trente n'avaient point été publiés dans l'État de Maryland, le mariage avait été valable selon les lois américaines; le Pape ne crut pas pouvoir accéder au désir de l'Empereur et répondit que « s'il commettait un pareil acte, il se rendrait coupable d'un abus abominable devant le tribunal de Dieu (1). »

Cette doctrine regrettable semble, malgré quelques arrêts contraires, prévaloir en Angleterre et en Amérique. Dans une affaire récente, Simonin contre Mallack, la Cour anglaise des divorces a reconnu à l'unanimité la validité du mariage de deux Français qui étaient venus en Angleterre pour contracter frauduleusement mariage et dont l'union avait du reste été déjà annulée en France. — Dans le même sens nous pourrions, si nous ne craignions d'abuser des citations, reproduire un certain nombre de décisions analogues des cours anglaises et

(1) Lanfrey. *Histoire de Napoléon*, vol. II. p. 834.

américaines. Mentionnons cependant encore un arrêt de la Cour suprême des États-Unis, siégeant à Washington, qui reconnaît le caractère d'union légitime au rapprochement de deux Français, sur de simples présomptions résultant de ce qu'il avait été dressé un acte de baptême de leur enfant, de ce que le père avait manifesté son intention de célébrer le mariage, conformément à la loi du domicile, et la mère déclaré qu'elle était mariée au père. Cet ensemble de faits, qui tous, remarquons-le, s'étaient passés en France et intéressaient uniquement des Français, a suffi aux yeux des juges américains pour établir et autoriser la présomption de l'existence entre le père et la mère d'un mariage légitime soit par paroles de présent, soit devant un officier public (1).

Nous ne nous arrêterons pas à réfuter cette doctrine, il n'est pas une page de notre dissertation qui ne contienne un argument contre elle ; elle viole tous les principes du droit international, elle est la négation même de ce droit. La lettre de Pie VII à l'Empereur que commente M. Wharton peut être fort intéressante au point de vue historique et comme exemple de l'indépendance du St-Siège, mais elle ne saurait prévaloir contre l'opinion des jurisconsultes les plus autorisés et la pratique presqu'universelle des nations civilisées. Remarquons, du reste, que si beaucoup d'auteurs anglais et américains partagent l'opinion de M. Wharton, tous cependant

(1) *Journal du Droit International Privé*, 1874, p. 214.

ne le suivent pas dans cette voie regrettable. Depuis ces dernières années même, une tendance à se rallier aux jurisconsultes du continent se manifeste chez les auteurs d'outre-mer. Wheaton (1) Philimore (2), Beach-Lawrence (3) ont adopté les idées nouvelles. Story, lui-même, cet ardent partisan de la loi locale, lorsqu'elle prononce la validité du mariage, se refuse à l'appliquer lorsqu'elle prononce la nullité et se reporte dès lors aux lois anglaises pour apprécier le mariage des Anglais à l'étranger. « But these decisions have not, e converso, dit-il, established, that marriages of British subjects, not good according to the law of the place, where celebrated, are universally, and under all possible circumstances, to be regarded as invalid in England. On the contrary, lord Stowell has decided that a marriage had, under peculiar circumstances, at the Cape of good Hope, during British occupation, was valid, although not in conformity to the Dutch law, which was then in force there. (4) » — La jurisprudence, elle-même, tend à se modifier, et, plus logique que Story, elle applique uniquement les lois anglaises, soit qu'elles prononcent la validité, soit qu'elle prononcent la nullité de l'union contractée à l'étranger par deux Anglais. C'est ainsi qu'en 1857 le vice-chancelier Stuart et le juge Creswell décidèrent qu'un mariage contracté pendant un séjour

(1) Wheaton, — *Elém*, p. 112, édition française.
(2) Philimore. — *Internat. Laws*, pp. 246 and 255.
(3) Beach-Lawrence, *sur Wheaton*, p. 370.
(4) Story, — *Conflicts of laws*, ch. IV. § 79.

temporaire en Danemark entre un Anglais veuf et la sœur de sa femme décédée, nul en vertu des statuts 5 et 6 Guillaume IV, n'était pas valide en Angleterre, bien qu'il le fût d'après la loi Danoise (1) « j'arrive à cette conclusion, dit sir Justice Creswell, qu'un mariage contracté par les sujets d'un pays où ils sont domiciliés, dans un autre pays, ne doit pas être regardé comme valide, si, par le fait de ce contrat, les lois de leur propre pays sont violées » — et que la Cour d'appel de Londres, appliquant enfin ces principes à la situation réciproque, prononçait les 20 juillet et 12 novembre 1877, conformément aux dispositions de la loi du domicile des époux, la nullité d'un mariage célébré en Angleterre entre deux étrangers. Il est permis de mettre en doute la compétence des tribunaux anglais, mais on n'en doit pas moins constater avec plaisir cette nouvelle jurisprudence.

Il s'agissait d'un mariage célébré en Angleterre entre deux Espagnols cousins germains (la loi espagnole défend et considère comme incestueux le mariage entre cousins germains). En première instance, sir J. Philimore déclara que la loi du lieu du contrat doit prévaloir et que par suite le mariage célébré, conformément à la législation anglaise, doit être réputé valable. Mais la Cour d'appel a infirmé la sentence : le juge Cotton a rappelé qu'en principe la capacité des parties en matière de contrat devait se

(1) P. Pradier-Fodéré, p. 180.

règler par la loi du domicile, que la loi du pays où le mariage a été célébré doit seulement régler toutes les questions ayant trait à la régularité de la cérémonie, mais que la capacité des parties dépend de la loi du domicile. Lorsque la loi d'un pays défend aux nationaux de contracter mariage à un certain degré de consanguinité et déclare incestueuse toute union contractée en violation de cette défense, il en résulte une incapacité personnelle pour les sujets de cet État, incapacité absolue et indépendante du lieu de célébration. « Les tribunaux portugais, dit le juge Cotton, à la fin de son rapport, déclareraient le mariage nul si la question leur était soumise, comment les cours anglaises pourraient-elles en reconnaître la validité ? »

En terminant cette étude sur le mariage des Français à l'étranger, constatons la tendance générale des gouvernements européens à n'autoriser la célébration du mariage entre deux étrangers qu'autant qu'ils justifient de leur capacité selon leurs lois nationales. — La loi du 31 mars 1864 pour la Prusse, le Code de 1865 pour l'Italie, la loi fédérale du 24 décembre 1874 pour la Suisse, les conventions du 24 décembre 1868 avec le Luxembourg, des 18-24 octobre avec la Belgique exigent expressément cette preuve. Nous ne pouvons qu'approuver hautement ces dispositions, sans méconnaître cependant les difficultés pratiques auxquelles, dans l'état actuel des législations européennes, elles sont

de nature à donner naissance; nous espérons que dans un avenir prochain tous les États exigeront des étrangers la présentation d'un certificat de capacité, délivré par les autorités de leur pays, dont la nécessité mettra un terme aux conflits si regrettables qui ne cessent de se produire. Aucune autorité n'ayant en France le droit de délivrer de semblables certificats, ce n'est que par des conventions analogues à l'arrangement conclu avec la Suisse que nous pourrons atteindre ce but, jusqu'au moment où une disposition législative générale permettra au gouvernement, soit directement, soit par l'entremise de ses agents à l'étranger, de dresser des certificats de nationalité. — Ce sera, nous ne nous le dissimulons pas, une grave innovation, car à l'heure actuelle, si des lois spéciales ont conféré au pouvoir exécutif le droit d'accorder la nationalité française à des étrangers et d'autoriser, conformément au décret de 1811, la dénationalisation des Français, c'est en principe au pouvoir judiciaire seul qu'il appartient de statuer sur la nationalité d'un individu; et encore ne le peut-il faire qu'à l'occasion d'un litige.

SECTION III. — EFFETS CIVILS DU MARIAGE

Les lois qui règlent les effets civils du mariage, les rapports entre le mari et la femme, le père et les enfants, sont au premier chef, des lois personnelles:

elles s'appliquent aux Français, même résidant à l'étranger. — Ainsi, aux termes du Code civil, les époux se doivent mutuellement, fidélité, secours, assistance (art. 212.) — Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari (art. 213.) — La femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider; le mari est obligé de la recevoir et de lui fournir tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état (art 214.) — La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari (art. 215.)— La femme ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit (art. 217.)— La femme peut tester sans l'autorisation de son mari (art 226.) — Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants (art. 203.) —L'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement, par mariage ou autrement (art. 204.)—Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin (art. 205.) — L'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère (art. 371.) — Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation (art. 372.) — Le père seul exerce cette autorité durant le mariage (art. 373.)—Le père, durant le mariage, et après la dissolution du mariage le survivant des père et mère auront la jouissance des biens de leurs

enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans (art. 384.) — Etc., etc. Époux et enfants jouiront de ces droits, seront soumis à ces devoirs quel que soit le lieu où ils se trouvent et les dispositions de la législation en vigueur dans le pays (1).

Ce principe cependant n'est pas absolu : il faut le combiner avec cet autre que les lois qui intéressent l'ordre général de l'État, ces lois que nous appelons en France *lois de police et de sûreté*, obligent tous ceux qui habitent le territoire et ne peuvent être suspendues par l'application d'une loi étrangère. Or les lois locales destinées à sauvegarder la moralité et la discipline de l'union contractée, à déterminer l'étendue du pouvoir domestique, sont des lois de cette catégorie dont la violation engendrerait nécessairement le trouble et le scandale : le maintien du bon ordre exige qu'elles ne s'appliquent pas seulement aux nationaux, mais bien à tous ceux qui se trouvent sur le territoire, indépendamment de leur nationalité. — Ainsi il est certain que si deux époux Français habitent dans un pays où la sanction de l'article 214 : « la femme est obligée d'habiter avec le mari », n'est pas, comme en France, du moins d'après la jurisprudence, la réintégration

(1) L'ancien droit faisait cesser à la frontière le devoir de cohabitation. Le projet du Code contenait aussi cette restriction, mais sur l'observation du Premier Consul qui pense « que l'obligation où est la femme de suivre son mari est générale et absolue » elle fut supprimée et l'article 214 adopté.

forcée, le mari ne pourra avoir recours à la *manus militaris* , car cet acte de violence constituerait une atteinte à l'ordre général. — Avons-nous besoin d'ajouter que le mari qui, aux termes de l'article 324 du Code pénal, a le droit de tuer la femme adultère et son complice lorsqu'il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale, ne saurait se livrer impunément à ces violences, et invoquer comme excuse les dispositions de notre législation criminelle,s'il se trouvait dans un pays où le divorce est admis et par suite l'adultère moins sévèrement réprimé ?

Prenons encore une espèce. — L'article 139 du Code autrichien porte que « dans le cas de différence de religion entre les époux, les lois de police déterminent la foi dans laquelle les enfants doivent être élevés » et les lettres-patentes du 13 octobre 1871 que « lorsque le mari est catholique, les enfants seront élevés dans la même religion; si par contre la mère seule est catholique, les filles suivront la religion de la mère, les fils celle du père. » — Il y a, dans ces dispositions, une atteinte flagrante à la liberté de conscience; néanmoins nous pensons que des époux français résidant en Autriche ne pourraient, en invoquant leurs lois nationales, se soustraire à l'application de ces articles, parce qu'ils intéressent l'ordre général de l'empire et seront évidemment considérés par les tribunaux autrichiens comme obligeant indistinctement tous ceux qui habitent le pays.

Le même Code autrichien n'accorde pas au père d'usufruit sur les biens de ses enfants. — Devons-nous appliquer la même solution, si un enfant français possède des biens sur le territoire autrichien? Cette question a donné lieu à bien des controverses ; Bretonnier, Hertius, d'Argentré, Bouhier, disent que la puissance paternelle étant un rapport personnel, tout ce qui y touche constitue un statut personnel. — Froland soutient au contraire que les lois qui règlent les pouvoirs du père sur les biens de ses enfants sont un statut réel et ne peuvent valoir en dehors du territoire — Merlin et Rocco s'attachent à une opinion intermédiaire. — Enfin, MM. Aubry et Rau affirment que les père et mère étrangers ne peuvent, ni en vertu de l'article 384 du Code civil, ni en vertu de leur loi nationale, réclamer l'usufruit légal sur les biens que leurs enfants possèdent en France (1). — Nous ne nous arrêterons pas à discuter ces diverses opinions, qui nous entraîneraient bien loin de notre sujet : contentons-nous seulement d'observer que le droit d'usufruit accordé par la loi française au père sur les biens de l'enfant est le complément de la puissance paternelle, telle qu'elle est organisée par le Code civil, la récompense des devoirs qui lui sont imposés et la garantie même de la sollicitude qu'il y apportera. Nous croyons donc que l'on doit sans hésitation appliquer la loi qui règle ces rapports de famille, indépendamment de la situation des biens,

(1) Aubry et Rau, § 78, note 58.

pourvu toutefois que cette application ne soit pas de nature à jeter un trouble dans le pays étranger. — Or, cette innocuité est évidente : qu'un Français en Autriche administre les biens de son enfant et jouisse de l'usufruit de ces biens, conformément aux dispositions de la loi française, il n'y a rien là-dedans qui puisse porter atteinte à l'organisation de la propriété ou troubler l'ordre général; nous ne voyons, dès lors, aucun motif pour nous écarter de la règle générale que nous avons posée (1). — Ces exemples suffiront, nous l'espérons, pour faire comprendre notre pensée.

Les tribunaux étrangers, s'ils interviennent, ne devront le faire qu'avec la plus grande discrétion, en se souvenant que le maintien de l'ordre et de la moralité dans leur ressort est à la fois la raison et la limite de leur juridiction exceptionnelle; les mesures qu'ils adopteront ne devront donc avoir le plus souvent qu'un caractère conservatoire et temporaire. — Ce seront des mesures de surveillance qu'il sera urgent de prendre à l'égard d'un enfant essayant de se soustraire à l'autorité paternelle. — Ce sera une pension alimentaire dont la concession est nécessaire à la subsistance de ceux qui la réclament, etc. — Les autorités françaises auraient mauvaise grâce à ne pas reconnaître, dans cette limite, la légitimité de l'application des lois étrangères et la juridiction des tribunaux étrangers, alors que la loi française elle-même déclare que les lois de police et

(1) Fiore. — *Droit international privé*, p. 286.

de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire et que nos tribunaux n'hésitent pas à statuer dans des espèces semblables (1).

Appliquons à la condition juridique des Français en ITALIE les principes que nous venons de poser.— Les articles 134-137, 224-232 du Code italien déterminent la capacité de la femme mariée, les formes de l'autorisation maritale, les pouvoirs du père sur les biens des enfants, etc., etc. Toutes ces dispositions ne seront pas applicables aux étrangers.— Nous croyons, au contraire, que les articles suivants obligent indistinctement tous ceux qui se trouvent sur le territoire.

Art. 130. — Le mariage impose aux époux l'obligation mutuelle de cohabitation, de fidélité et d'assistance.

Art. 131. — Le mari est le chef de la famille : la femme suit sa condition civile ; elle en prend le nom ; elle est obligée de le suivre partout où il croit opportun de fixer sa résidence.

Art. 132. — Le mari doit protéger sa femme, la garder près de lui et lui procurer tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie en proportion de ses ressources. — La femme doit contribuer à l'en-

(1) C'est ainsi que, dans un arrêt tout récent, la Cour de Paris s'est déclarée compétente pour connaître d'une demande en pension alimentaire formée par une étrangère, domiciliée à l'étranger, contre son mari également étranger et domicilié à l'étranger mais résidant en France. — PARIS. 1re chambre. — 19 et 20 avril 1880. — (*Le Droit*, 26 avril 1880.)

tretien du mari si les moyens de celui-ci sont insuffisants.

Art. 138. — Le mariage impose aux époux l'obligation d'entretenir, d'élever et d'instruire leurs enfants. Cette obligation incombe au père et à la mère, à proportion de leurs ressources, en tenant compte, pour la contribution de la mère, des fruits de la dot. Si le père et la mère n'ont pas des moyens suffisants, cette obligation incombera aux autres ascendants dans l'ordre de proximité.

Art. 139. — Les enfants sont tenus de fournir des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui en auraient besoin.

Art. 222. — Le père qui ne parvient pas à réprimer les écarts de l'enfant peut l'éloigner de la famille en lui assurant, selon ses ressources, les aliments strictement nécessaires ; il peut aussi, en recourant, s'y a lieu, au président du tribunal, le placer dans telle maison, dans tel établissement d'éducation ou de correction qui sera jugé le plus convenable pour son amendement.

Toutes ces dispositions et beaucoup d'autres de même nature nous semblent intéresser l'ordre général du royaume; nous croyons qu'elles sont, d'une façon absolue, applicables aux nationaux et aux étrangers quels que soient sur ces divers points le silence ou la contradiction des lois étrangères. Pour faire respecter ces principes, les tribunaux italiens auront donc le droit d'intervenir. « Ce serait, dit M. Fiore, offenser non seulement nos lois, mais en-

core notre civilisation et le sens moral de notre peuple qu'un fils, à quelque pays qu'il appartienne, puisse se refuser à fournir des aliments à ses ascendants dans le besoin et qu'un frère pût les refuser à sa sœur. » (1)

Remarquons-le du reste, en ce qui concerne la condition juridique des Français en Italie, le tempérament que nous avons apporté à notre règle générale n'aura le plus souvent pour effet que de substituer, à la juridiction des tribunaux Français, celle des tribunaux italiens; les deux législations contiennent en effet sur le point qui nous occupe des dispositions presque identiques, mais il n'en sera pas ainsi partout.

Nous avons à résoudre une dernière et importante question à laquelle pourra parfois donner lieu le réglement des rapports de famille.

Selon la loi française, la naturalisation est strictement personnelle. Si donc un Français va s'établir à l'étranger et y obtient la naturalisation, les enfants, pendant la minorité, la femme, tant qu'elle n'aura pas, pas un acte distinct et volontaire, acquis la nationalité de son mari, resteront nécessairement Français aux yeux du Code civil. Si en effet la volonté du mari est nécessaire pour compléter celle de la femme lorsqu'elle veut acquérir une nationalité nouvelle,elle est impuissante à la suppléer lorsqu'elle

(1) Fiore. — *Droit International Privé,* p. 205.

entend au contraire conserver sa nationalité primitive. — Comment dès lors régler leur situation? et quelle loi appliquer à la détermination de leurs rapports?

En ce qui concerne les enfants, nous n'hésitons pas : la puissance paternelle est, en effet, une mesure de protection pour l'enfant, un devoir pour le père beaucoup plus qu'un droit, et si, comme nous l'avons dit précédemment, la loi confère à celui qui l'exerce certaines prérogatives, ces prérogatives ne sont que la récompense et la garantie même des soins donnés. Nous croyons donc qu'il faut uniquement s'attacher à la loi nationale des enfants. Ce sera cette loi qui réglera les rapports entre le père et l'enfant, les droits du premier sur les biens du second, l'âge auquel l'enfant pourra contracter mariage avec ou sans autorisation, être émancipé etc.

Nous donnerons évidemment la même solution si c'est l'enfant mineur qui change de nationalité, ce qui peut arriver par exemple dans le cas d'une jeune Française épousant un étranger. Si, malgré le mariage, la nouvelle loi la maintient sous l'autorité de son père, comme autrefois la loi sarde, nous reconnaissons à ce dernier le droit d'invoquer les dispositions de la loi étrangère. De même si, devenue veuve, elle veut contracter un second mariage, c'est à la loi nationale de son premier mari (nous supposons qu'elle n'a pas recouvré la nationalité française) qu'il faut se reporter pour savoir si elle a ou non besoin de l'autorisation de ses parents.

En un mot, l'enfant est le personnage principal, celui dont l'intérêt préoccupe le législateur, celui à cause duquel la puissance paternelle est constituée (1). C'est sa loi nationale qui doit être suivie.

Mais si le conflit s'élève entre la loi personnelle du mari et la loi personnelle de la femme, notre embarras devient alors très-grand et nous en arrivons presque à regrètter que la loi française n'ait pas consacré, comme certaines autres législations, l'unité constante et nécessaire de nationalité pour l'homme et la femme.—Quel est au juste, le caractère de la puissance maritale? — Est-ce une prérogative du mari? — Est-ce une protection pour la femme? — N'est-elle autre chose qu'un moyen de discipline intérieure et de gouvernement domestique? — Est-elle au contraire surtout fondée sur la faiblesse et l'inexpérience de l'un des conjoints? — C'est dans la combinaison de toutes ces idées, dont aucune n'est exclusive, qu'il faut chercher, selon nous, la pensée du législateur. Nous ne saurions dès lors, faire entrer ces considérations en ligne de compte pour motiver notre décision et il nous en faut trouver ailleurs les éléments.

Cet antagonisme regrettable peut se présenter sous deux formes différentes : — I° — C'est le mari qui s'est fait naturaliser à l'étranger, la femme a refusé de le suivre dans cette voie; elle veut rester Française et elle en a le droit. — Appliquer dans ces

(1) Voir sur tous ces points un remarquable article de M. Colmet d'Aage, doyen honoraire de la Faculté de Paris, publié dans la *Revue de Droit Français et étranger*, 1844, p. 401.

conditions la loi étrangère au règlement des rapports conjugaux, n'est-ce pas porter atteinte au principe fondamental de la liberté de la naturalisation? Enlever à la femme quelques-unes des garanties les plus importantes peut-être d'une nationalité qu'elle veut conserver, n'est-ce pas méconnaître des droits légitimement acquis? — Il ne peut dépendre du mari seul de modifier à son gré la condition de sa femme, d'augmenter ou de diminuer sa capacité en se faisant naturaliser en Angleterre ou en Italie. — Nous continuerons donc à appliquer la loi nationale de la femme. — Remarquons-le, toutefois, le changement de nationalité entraînant le plus souvent changement de résidence et la femme étant obligée de suivre son mari partout où il lui plait d'aller, elle pourra se trouver en fait soumise à la loi étrangère, mais ce ne sera alors que dans la mesure nécessaire au maintien de l'ordre général et au même titre que tous les autres étrangers qui seront sur le territoire. — La loi française sera seule applicable, les tribunaux français seuls compétents pour statuer définitivement sur les questions qui intéressent son état et sa capacité. — II° — C'est la femme qui a changé de nationalité (1). Nous savons qu'elle n'a pu le faire qu'avec l'autorisation de son mari. Dès lors il y aurait peut-être moins d'inconvénients que dans le cas précédent à appliquer la loi nouvelle à la détermination des effets civils du mariage; en acquiesçant à la volonté de sa

(1) Ce cas se présentera fort rarement.

femme, le mari a dû savoir, en effet, quelles seraient les conséquences de la naturalisation accordée; nous préférons cependant maintenir encore notre première solution et donner la préférence à la loi française, — Formulons donc en termes généraux le principe que nous venons de dégager. — Tant que deux conjoints n'auront pas été valablement dénationalisés l'un et l'autre aux yeux de leur loi nationale, c'est cette même loi nationale qui continuera à régler les rapports conjugaux.

SECTION IV. — NULLITÉS, DIVORCE, SÉPARATION DE CORPS.

« Les tribunaux français peuvent s'abstenir de
« juger les contestations qui s'élèvent entre étran-
« gers. C'est pour eux un devoir, lorsqu'il s'agit de
« statuer sur une question qui intéresse l'état des
« personnes. En effet, le statut personnel suit
« l'étranger sur le territoire français : les tribunaux
« s'exposeraient à commettre de graves erreurs en
« appliquant des lois étrangères, qui seraient néces-
« sairement les seules applicables aux parties;
« ensuite, la justice française serait compromise
« puisque tel état personnel, consacré par ses déci-
« sions, serait en contradiction avec un état con-
« traire, et méconnu par les autorités étrangères.
« — Dans ces questions d'état, il s'agit d'une incom-
« pétence d'ordre public que la volonté de l'étranger

« ne saurait modifier. Le fait que l'étranger a acquis « un domicile en France, n'en laisse pas moins sub- « sister cette incompétence (1). »

Nous déciderons donc de même, si, au lieu de régler les effets civils du mariage, il s'agit de le mettre à néant ou simplement d'en modifier les obligations; le chapitre IV du titre V « des Demandes en nullité de mariage » et le chapitre V du titre VI « De la séparation de corps, » seront applicables aux Français à l'étranger, et les tribunaux français seuls compétents pour prononcer la nullité du mariage ou la séparation de corps. Le jugement, rendu sur ce point par un tribunal étranger, serait en France considéré comme nul et non avenu. Nous pouvons citer à l'appui, un document que nous avons trouvé dans le *Journal du Droit international privé;* il s'agissait d'un individu qui avait fait prononcer par les tribunaux mexicains la nullité de son mariage : « Attendu, dit l'arrêt, que Mairesse était Français, qu'il n'apparaît d'aucun acte qu'il ait perdu sa nationalité; qu'Amélie Fobler, en contractant avec lui un mariage dont la régularité, quant à la forme extérieure, n'est pas contestée, est devenue Francaise; que les deux époux étant Français, les tribunaux francais étaient seuls compétents pour statuer sur leur statut personnel, le Tribunal déclare que l'incompétence du tribunal étranger étant absolue, il n'y a pas lieu de tenir

(1) Cour royale de Paris, 23 juin 1836. — Dalloz, 1836, II, 161.

compte de l'arrêt (du tribunal mexicain) du 20 septembre 1862 (1). »

La séparation de corps a soulevé quelques difficultés : d'après une jurisprudence ancienne et qui est devenue presque constante depuis l'abolition du divorce, la séparation de corps ne doit pas être considérée comme une question d'état; ce ne serait qu'une mesure de bon ordre, qui ne fait que relâcher, sans le rompre, le lien conjugal, dont, même autrefois, ne devait point nécessairement résulter la dissolution du mariage et qui, maintenant surtout, ne touche, ni de près, ni de loin à l'état civil (2). Quelques auteurs en ont conclu que les tribunaux français étaient compétents pour la prononcer entre étrangers, les uns exigeant que les étrangers soient domiciliés sur le territoire français, les autres ne leur demandant qu'une simple résidence.

Nous admettons bien volontiers que la séparation de corps n'est point une question d'état proprement dite, au même titre que la nullité du mariage ou le divorce, quoique cela ne nous paraisse pas encore absolument évident, mais devons-nous donc chercher là notre criterium? Nous ne le croyons pas. La séparation de corps, si elle ne touche pas à l'état civil, modifie néanmoins l'organisation de la famille, « elle influe sur la capacité de la femme en amoindrissant la puissance du mari ; elle relâche les liens

(1) Tribunal de la Seine, 30 juin 1876. — *Journal du Droit international privé*, 1877, p. 147.
(2) Cour de Rouen, 9 novembre 1808. — Cour de Cassation, ch. req., 9 mai 1828.

du mariage et tend à soustraire les époux aux devoirs qui leur sont respectivement imposés dans leurs relations avec la métropole (1). »

Dès lors, cette question a un caractère essentiellement personnel; elle doit être tranchée d'après les lois nationales qui règlent l'organisation de la famille et ces lois nationales, nous le savons, les tribunaux nationaux ont seuls autorité pour les appliquer.

Peu nous importe la situation que nos nationaux ont à l'étranger au regard de la loi étrangère, qu'elle les regarde comme *domiciliés* ou comme *passants*, ils sont Français selon la loi française; en l'absence de tout traité, le tribunal de leur domicile seul est compétent pour statuer sur les questions qui intéressent leur état et leur capacité. Ceux qui admettent que ce domicile légal peut se trouver sur le territoire étranger doivent reconnaître par là même la juridiction des tribunaux étrangers et alors la question se complique singulièrement. Ce n'est pas à nous qu'il appartient de la résoudre, mais remarquons cependant que ce résultat ne se produira qu'à titre exceptionnel, car si nos adversaires peuvent invoquer quelques arrêts en faveur de leur doctrine, il est certain qu'ils n'ont été motivés que par un concours de circonstances qui se présentera fort rarement.

Si donc un tribunal étranger prononce la séparation de corps ou le divorce entre deux Français, cette

(1) Lesenne, — *Revue pratique*, 1867, t. XXIII.

sentence sera en général considérée par nos tribunaux comme nulle et non avenue. — Réservons toutefois le droit qui appartient d'une façon indiscutable aux tribunaux étrangers de prendre les mesures urgentes et provisoires qui leur semblent nécessaires pour le maintien de l'ordre public, protection de la femme, garde des enfants, etc... — Que s'il se produit dans le ménage changement de nationalité, nous admettrons néanmoins, comme nous l'avons fait à la section précédente, la juridiction exclusive des tribunaux français, tant que les deux époux n'auront pas été L'UN et L'AUTRE valablement dénationalisés.

Avant d'aborder l'étude des législations étrangères, il nous reste encore une délicate question de compétence à résoudre. Nous venons de voir que les tribunaux français étaient seuls compétents pour statuer sur les demandes en nullité de mariage, en séparation de corps et en divorce, (si jamais il est rétabli), formées par deux époux français, quelle qu'ait été, du reste, la nationalité antérieure de la femme. Que décider lorsqu'au contraire c'est une Française qui, ayant épousé un étranger, et perdu ainsi, par le fait même de son mariage, sa qualité de Française, introduira une demande semblable? Il est reconnu presque sans contestation que les tribunaux étrangers seront seuls compétents pour prononcer le divorce ou la séparation de corps; mais en ce qui concerne la nullité du mariage, c'est l'opinion

contraire qui semble prévaloir, au moins dans la jurisprudence. En 1868, en effet, le tribunal de la Seine et la Cour de Paris ont admis la compétence des tribunaux français (1) : l'intimée est née française, dit en substance, l'arrêt de la Cour de Paris ; elle n'a pu perdre cette qualité que par un mariage valable avec un étranger ; or, la validité de ce mariage, étant précisément le sujet de la contestation, laisse la qualité nouvelle de la femme non-établie, tant que la question n'est pas résolue ; admettre l'exception d'incompétence ce serait préjuger le fond du droit et reconnaître d'avance la validité du mariage. — Cette solution ne nous semble pas juridique. Un acte existe en fait ; par cela seul qu'une des parties intéressées vient soutenir devant la justice qu'il est entaché de nullité, il ne doit pas cesser d'entraîner ses conséquences légales jusqu'au moment où une décision judiciaire aura proclamé cette nullité : « Les actes entachés de nullité, dit Zachariae, sont efficaces tant que l'annulation n'en a pas été prononcée par le juge (2). » Est-il besoin de rappeler ici la différence entre le mariage *nul*, dont l'existence n'est qu'une apparence sans réalité, et le mariage *annulable*, qui s'est vraiment formé, qui a une existence véritable, mais qui se trouve entaché d'un vice pour lequel la loi permet de le faire briser, casser, annuler (3) ? « Dès qu'il existe un acte

(1) Cour de Paris, 2 mars 1868 — (*Droit*, du 7 mars 1868).
(2) Zachariae, — t. I, § 37, p. 114.
(3) Marcadé, — t. I, p. 530.

matériel, a dit Tronchet au Conseil d'État, il y a mariage, qui peut cependant être nul s'il n'est pas intervenu de consentement et *ce mariage subsiste jusqu'au jugement qui en prononce la nullité...* S'il existe un acte, quoiqu'il n'y ait pas de consentement, *la foi est due à l'acte et il conserve sa force jusqu'à ce qu'il ait été déclaré nul* (1). »

La Cour de Paris craint de préjuger le fond du droit en se déclarant incompétente ; mais ne le préjuge-t-elle pas bien plus (car elle ne tient alors aucun compte d'un fait accompli) en se déclarant compétente et n'est-elle pas obligée ensuite de prononcer la nullité sous peine d'avoir statué sur l'état d'un étranger? Et que l'on ne dise pas que les tribunaux français sont compétents parce qu'il s'agit d'une question de nationalité; ce serait une pétition de principes. La femme, en effet, ne peut prétendre à la nationalité française qu'autant que son mariage est annulé; or, cette annulation est une question de statut personnel étranger, qui ne peut être résolue que par les tribunaux étrangers.

La jurisprudence n'a-t-elle pas d'ailleurs adopté une solution analogue à celle que nous défendons, en décidant, à maintes reprises différentes, que la femme avait besoin de l'autorisation maritale pour intenter une action en nullité de mariage (2)? » En demandant la nullité du mariage, la femme reconnaît, quant à

(1) Locré — t. IV, p. 437 et 439.
(2) Cass. 21 janvier 1845; (Sirey, 45, I, 367.) — Cass. 10 février 1851; (Sirey, 51, I, 202.) — Cass. 19 mai 1858; (Sirey, 58, I, 720.)

présent du moins, qu'il existe. Or, si le mariage existe, il doit produire ses effets tant qu'il n'a pas été annulé (1). » Nous croyons donc, malgré un nouveau jugement du tribunal de la Seine, en date 2 juillet 1872 (2), qui retient une cause semblable, en disant que « l'étranger, qui a abusé de la faiblesse ou des passions d'une française pour lui faire contracter un engagement aussi solennel que le mariage ne saurait se faire un titre de sa mauvaise action pour priver celle qu'il aurait trompée de son recours à la justice de son pays; » nous croyons donc, disons-nous, à l'incompétence absolue des tribunaux français (3).

Italie. — Les tribunaux italiens se déclarent incompétents pour connaître des questions d'état concernant un étranger même résidant en Italie, demande en nullité de mariage ou séparation de corps. Le statut personnel gouverne le citoyen en quelque pays qu'il se transporte; or, ce statut ne peut être appliqué que par des juges nationaux (4).

Mais cette incompétence, parfaitement reconnue, des tribunaux du royaume est-elle absolue ou relative? Doit-elle être proposée comme exception ou prononcée dans tous les cas comme un effet nécessaire de l'absence de juridiction? Pisanelli croit voir

(1) Demolombe, — t. IV, n° 127.
(2) Sirey, 1872, 2. 248.
(3) Voir sur cette intéressante question M. Tambour, — *Revue critique*, t. XXXII, p. 491.
(4) Cour de Turin, 13 juin 1874. — Cour de Milan, 15 février 1876. — (*Giurisprud*, A. XI, p. 297).

le motif de cette règle dans l'importance politique de l'état des personnes et enseigne l'incompétence absolue. « Les magistrats, dit-il, ne peuvent hésiter à considérer comme absolue leur incompétence s'ils réfléchissent que les qualités de citoyen, de père, de mari, de fils sont les bases des droits politiques et se rattachent dès lors au droit public (1). » — C'est la tendance de la jurisprudence italienne ; elle considère que, par la force des choses, l'État doit se préoccuper de la condition des personnes unies en mariage et des rapports de famille « en tant qu'éléments générateurs de sa propre existence ; » à lui seul donc appartient le droit de régler ces rapports juridiques d'après les lois qui en ont déterminé l'établissement. — Quelques auteurs cependant professent une doctrine contraire et n'admettent pas l'incompétence absolue des magistrats italiens. La souveraineté étrangère serait, selon eux, suffisamment respectée par la disposition de l'art. 6 qui prescrit d'appliquer à l'état et à la capacité des étrangers leurs lois nationales ; cet article, ajoutent-ils, suppose même la compétence de nos tribunaux, et ce serait avoir une médiocre opinion de la valeur des magistrats italiens que mettre en doute l'impartialité et la science avec laquelle ils appliqueront les lois étrangères.

M. César Norsa, avocat à la cour d'appel de Milan (2), dans le savant ouvrage duquel nous avons

(1) PISANELLI. — *Commentario competenza.* — Vol. I, p. 1, n. 496.
(2) CÉSAR NORSA. — *Revue de la jurisprudence italienne en matière de droit international* — (Revue du Droit international, 1876, p. 627).

trouvé ces documents, répond victorieusement aux partisans de la compétence. L'art. 6 ne concerne que les droits d'un caractère purement privé : il veut simplement dire que lorsque dans une affaire surgit la nécessité de connaître de l'état ou de la capacité d'un étranger, on doit recourir à sa loi naturelle comme à un moyen d'apprécier et de résoudre la question, mais non pas que cet article est applicable aux questions d'état lorsqu'elles se présentent en ordre principal. La règle de l'art. 6, selon lui, n'est édictée que dans la supposition suivante : une cause est soumise d'une façon principale à la juridiction des tribunaux italiens ; incidemment, en ordre secondaire, s'élève une contestation relative à l'état ou à la capacité de l'une des parties en cause; si cette partie est étrangère, on se reportera à ses lois nationales pour apprécier son état et sa capacité. L'interprétation qui en sera faite par les magistrats italiens pourra donc, il est vrai, influer sur la décision principale, mais elle n'aura pas le pouvoir de trancher la question d'état d'une façon absolue vis-à-vis de ceux qu'elle intéresse.

Mais les tribunaux italiens sont toujours compétents vis-à-vis d'un étranger, domicilié dans le royaume au regard de la loi italienne, pour ordonner des mesures provisoires, tutélaires ou conservatoires dans l'intérêt actuel de l'étranger, de sa famille et aussi en vue des rapports qui peuvent exister entre l'étranger et les citoyens de l'État (1).

(1) Cour de Milan. — 1er juillet 1872. (*Monit. Trib.* A., 1872, p. 697.

Un second arrêt de Milan du 15 février 1876, que nous avons du reste précédemment cité, consacre la doctrine de l'incompétence absolue des tribunaux italiens pour statuer sur une demande de séparation de corps entre époux étrangers. « L'art. 6 précité, porte-t-il en substance, n'est pas applicable aux questions d'état soulevées par voie principale, c'est-à-dire à celles que les Latins appelaient *præjudicia* et qui doivent produire des effets opposables à d'autres personnes que les parties en cause. Il faut, pour qu'il s'applique, que la question d'état se présente d'une manière secondaire, incidemment à une demande principale, dont l'objet ne soit pas l'état lui-même, ou la capacité ou le rapport de famille, bien qu'elle doive subir l'influence de cet état, de cette capacité ou de ce rapport de famille. Le juge Italien peut seulement autoriser provisoirement la femme étrangère à quitter la maison de son mari. La femme est par là soustraite au péril des mauvais traitements dont elle peut avoir à se plaindre sans qu'il soit apporté aucune modification à l'état des époux et à leurs rapports de famille. (1)

Suisse. — L'art. 56 de la loi fédérale du 24 décembre 1874 est conçu en ces termes. « Quant aux « mariages entre étrangers, aucune action en di-« vorce ou en nullité ne sera admise par les tribu-« naux s'il n'est pas établi que l'État, dont les époux « sont ressortissants, reconnaîtra le jugement qui sera

(1) *Journal du Droit International Privé*, 1876, p. 220.

« prononcé. » En théorie, nous approuvons fort cette disposition qui répond bien aux tendances actuelles; en pratique il est certain qu'elle fera naître de sérieuses difficultés, car comment la preuve demandée sera-t-elle administrée? — Toutefois nous ne pouvons que nous féliciter, au point de vue français, de l'adoption de cet article; il est pour nous une garantie certaine qu'aucun conflit ne se produira entre la France et la Suisse.

Dans la plupart des autres pays, comme autrefois du reste et maintenant encore en France devant quelques tribunaux, la juridiction n'est plus déterminée par la nationalité; l'étranger ne se trouve-t-il sur le territoire qu'à titre temporaire? est-il un *passant*? les tribunaux se déclarent incompétents, et le laissent au besoin sans protection ; son établissement a-t-il au contraire une certaine durée? est-il *domicilié*, non pas au point de vue de sa loi nationale (peu importe), mais de la législation locale? les tribunaux locaux interviennent et, sans souci des lois nationales de l'étranger, statuent définitivement sur son sort. Telle est la doctrine qui semble bien du moins résulter d'un arrêt récent de la Cour de BRUXELLES (1).

En ANGLETERRE, une simple résidence matrimoniale suffit pour autoriser l'intervention des tribu-

(1) COUR D'APPEL DE BRUXELLES. — (16 juin 1875, Pasicrisie, 1875, II, p. 137.)

naux locaux. C'est ainsi que le 26 mars 1878 la Haute Cour de justice (division des divorces) a décidé « qu'en principe le seul tribunal compétent pour statuer sur la demande d'une femme mariée qui veut faire reconnaître ses droits lésés par la conduite de son mari est le tribunal du domicile du mari. Mais à raison de circonstances spéciales, sans méconnaître cette règle générale, le tribunal du lieu où la femme réside sans être domiciliée peut ordonner certaines mesures contre son mari (1). » Quelques mois après, la Cour suprême adoptait sans réserves cette théorie et, infirmant un arrêt contraire de la Haute Cour, proclamait « qu'une Cour de justice anglaise est compétente pour prononcer la dissolution d'un mariage entre époux qui ont leur demeure ou résidence matrimoniale (matrimonial home or residence) dans le ressort de la juridiction de cette Cour, alors même que leur domicile serait à l'étranger. (2) »

Les TRIBUNAUX ÉCOSSAIS n'hésitent pas à se déclarer compétents lorsque les étrangers ont acquis en Écosse un domicile *bonâ fide :* ils prononcent alors le divorce, conformément à la loi qui est en vigueur dans le pays, quelles que soient les lois nationales des étrangers et en quelqu'endroit que se soient passés les faits qui motivent la demande (3).

La même doctrine est admise en AMÉRIQUE. La

(1) *Journal du Droit International Privé*, 1878, p. 288.
(2) COUR SUPRÊME DE JUSTICE (16 et 19 juillet, 8 novembre 1878).
(3) FERGUSSON. — *On mariage and divorce*, p. 359. et suiv.

Cour suprême des Massachussets et les tribunaux de l'État de New-York sont compétents pour prononcer le divorce entre étrangers domiciliés *bonâ fide*, en se conformant aux lois locales et sans tenir aucun compte de celle sous l'empire de laquelle le mariage a été contracté. Toutefois, d'après les statuts des Massachussets, il faut que les faits sur lesquels la demande est appuyée se soient passés sur le territoire (1). Selon Westlake, les dispositions qui se rapportent au divorce sont regardées dans ces pays comme appartenant plutôt au droit Pénal qu'au droit Civil, et l'on ne peut considérer l'indissolubilité du lien conjugal comme la conséquence ou l'interprétation de la volonté qui a présidé au mariage, mais comme la sanction attachée par la loi à la violation de certains devoirs. — C'est, du reste, la reproduction de l'ancienne doctrine Française (2).

Nous ne pouvons admettre ce système. Chaque État a le devoir de veiller chez lui au maintien de l'ordre général. Si l'union de deux individus constitue un scandale public, il doit prendre les mesures nécessaires pour le faire cesser; mais ces mesures, elles ne pourront avoir d'effet, s'il s'agit d'étrangers, qu'autant que ces étrangers se trouvent sur le territoire et autorisent par leur présence l'intervention des tribunaux locaux. C'est un pouvoir pure-

(1) *Statutes of Massachussets.* — 1835, ch. LXXVI, § 9, 10.
(2) Cour de Cassation (toutes chambres réunies), 22 mars 1806. — (M. de Mac-Mahon, contre Mme de la Tour, sa femme).

ment temporaire qui doit cesser avec la cause qui lui a donné naissance.

Nous l'avons dit : en l'état actuel des législations enropéennes, c'est au moyen de traités seulement que l'on peut établir une juridiction internationale et déléguer à des tribunaux étrangers le pouvoir de statuer sur les contestations qui peuvent s'élever entre nationaux. — L'on a prétendu que le traité conclu en 1869 entre la France et la Suisse était une application de cette idée. L'art. 2 porte en effet : « Dans les contestations entre Suisses qui seraient tous domiciliés en France, le demandeur pourra aussi saisir le tribunal du domicile. »

La Cour de Cassation de France, s'appuyant sur les termes de cet article, a cru pouvoir décider que les tribunaux français étaient compétents pour connaître d'une demande en séparation de corps, entre deux Suisses domiciliés en France depuis 1836, et qu'ils ne pouvaient même se refuser à statuer (1). Nous repoussons cette interprétation. Le traité de 1869 s'occupe des *contestations en matière mobilière et personnelle, civile et de commerce et des actions en matière réelle ou immobilière* et déclare compétents : pour les premières, le tribunal du domicile, pour les secondes, le tribunal de la situation. La séparation de corps rentre-t-elle dans les contestations en matière mobilière, civile ou du commerce dont parle le traité ? Non certainement;

(1) Cass. Req. — 1er juillet 1878.

nous avons lu les protocoles explicatifs, il n'y est pas fait la moindre allusion, il en résulte au contraire que « l'on avait uniquement en vue dans ces articles les réclamations *civiles ou commerciales*, qui ont pour objet une dette d'argent ou une dette pouvant se ramener, directement ou indirectement, au payement d'une somme d'argent (1). Si l'on réfléchit d'ailleurs qu'au moment où le traité a été conclu la plupart des cantons ne connaissaient pas la séparation de corps, et ne possédaient que le divorce, il semble bien difficile d'admettre l'établissement de cette juridiction internationale.

Cependant le tribunal et la Cour de Genève, invoquant l'art. 125 de la loi génevoise sur l'état civil, avaient admis qu'ils étaient compétents pour prononcer la séparation de corps, pour une durée illimitée, lorsqu'il s'agissait d'époux ressortissant à un État où le divorce ne serait pas reconnu.

Le tribunal fédéral a rejeté cette jurisprudence (2). Le droit fédéral n'admet plus la séparation de corps qu'à titre d'expérimentation temporaire depuis la loi du 24 décembre 1874. Les diverses législations cantonales ne sauraient porter atteinte, par les lois particulières qu'il leur plait d'édicter, à ces dispositions d'intérêt général. — Mais la Confédération n'est-elle pas liée avec la France par un traité? — Cela est vrai, répond le Tribunal suprême, mais « il

(1) M. LEHR. — *Journal du Droit International Privé*, 1878, p. 249.
(2) TRIBUNAL FÉDÉRAL — 18 octobre 1878, journal du *Droit International Privé*, 1879, p. 96.

ressort des rapports diplomatiques et des messages et circulaires des autorités fédérales à l'occasion de ce traité, qu'on n'a voulu ranger sous cette appellation que les réclamations civiles ou commerciales pouvant se résoudre en payement d'une somme d'argent. Les questions ayant trait à la validité ou à la dissolution du mariage relèvent du statut personnel et appellent la compétence des tribunaux du pays d'origine des parties plus impérieusement encore que celles dont l'objet est la liquidation des successions et l'établissement de la tutelle, et qui leur sont expressément réservées par les art. 5 et 10 du même traité. On ne peut admettre que le traité ait voulu forcer les tribunaux d'un pays à sanctionner par leurs jugements des institutions et des rapports de droit qui y sont prohibés par des considérations d'ordre public, ce qui est le cas pour la séparation de corps illimitée d'après le nouveau droit fédéral. »

CHAPITRE VI

DE LA FILIATION,

APERÇU HISTORIQUE

Le fait d'être né sur le territoire romain n'avait, nous le savons, aucune influence sur la nationalité; pour que l'enfant naquît citoyen romain il était nécessaire que cette qualité appartînt à celui de ses auteurs dont il suivait la condition.

L'ancien droit, au contraire, sous l'influence des idées féodales, s'attachait exclusivement au lieu de la naissance pour déterminer la nationalité d'un individu. La seigneurie est essentiellement territoriale, elle établit un lien entre le seigneur et tous ceux qui naissent et vivent sur la terre; peu importe le *jus originis paternæ;* seul le *jus soli* est en vigueur (1).

Cependant, à l'époque monarchique, des modifications s'introduisent: on combine le principe romain l'*origo paterna*, avec le principe féodal, le *jus soli*, en laissant toutefois la première place à ce dernier. Dès le quinzieme siècle, en effet, on distingue deux sortes de Français de naissance; ceux qui sont nés

(1) M. Chambellan, à son cours.

en France, ce sont les vrais Français, les *regnicoles* et ceux qui sont nés à l'étranger d'un père français, n'ayant pas perdu sa qualité, et qui viennent s'établir en France; ils sont *réputés* Français, c'est une faveur qu'on leur accorde, mais peu à peu cette faveur devient un droit et, au temps de Pothier, les deux principes coexistent avec une égale autorité (1).

Nous aurons plus tard à les apprécier l'un et l'autre: qu'il nous suffise à présent de rappeler le système adopté par le Code civil : la naissance sur le sol est par elle-même impuissante à conférer la nationalité, elle a seulement pour effet d'en faciliter l'acquisition à l'époque de la majorité; ceux-là seulement sont Français qui sont nés de parents Français, en France ou à l'étranger. — Mais une modification est apportée à cette théorie par les lois des 9 février 1851 et 16 décembre 1874 : la naissance sur le territoire suffira désormais pour conférer *ab initio* la nationalité si l'auteur étranger est lui-même né en France; à sa majorité, toutefois, l'enfant pourra réclamer la qualité d'étranger en justifiant qu'il appartient à une nationalité étrangère.

SECTION I. — SYSTÈME DU CODE CIVIL

§ I. — DÉTERMINATION DE LA NATIONALITÉ.

« Tout enfant né d'un Français en pays étranger, est Français » (art. 10.) — Tel est, au point de vue

(1) BUGNET. — *Œuvres de Pothier*, t, 9, p. 17.

qui nous occupe, la disposition capitale du Code civil. L'application de cette règle très-simple en apparence ne laisse pas cependant que d'entraîner quelques difficultés.

L'enfant en effet a un père et une mère; s'ils appartiennent à la même nationalité et s'ils n'en ont pas changé dans l'intervalle de la conception à la naissance, la solution est facile, mais si le père est Français et la mère étrangère, ou réciproquement, quel est celui de ses auteurs dont l'enfant devra prendre la nationalité? Et si cet auteur a changé de nationalité dans l'intervalle de la conception à la naissance à quelle époque faudra-t-il se placer pour opérer la transmission? — Deux questions sur lesquelles le Code est absolument muet et qu'il nous faut résoudre uniquement à l'aide des principes généraux de la législation française.

I. — QUEL EST CELUI DE SES AUTEURS DONT L'ENFANT PRENDRA LA NATIONALITÉ?

L'enfant est légitime.

En général, son père et sa mère seront Français tous les deux, dès lors la question est résolue, mais nous savons, qu'en certains cas, il peut se faire qu'un seul d'entre eux ait acquis ou conservé la qualité de Français. Quel sera alors la situation de l'enfant? Le Code ne le dit pas; il ressort toutefois avec évidence de l'examen attentif de notre législation que l'enfant doit suivre la condition de son père: l'homme est en effet le chef de la famille; il donne son nom à ses enfants, sa volonté prédomine sur

celle de la mère dans tous les actes de leur existence; il est naturel qu'il leur transmette aussi sa nationalité. Peu importe donc la nationalité de la mère; si le père est Français, les enfants seront Français et réciproquement, si le père n'a jamais eu ou a valablement perdu, aux yeux de notre loi, la qualité de Français, qu'il appartienne ou non à une autre nationalité, ses enfants naitront étrangers. Il y aura, nous le reconnaissons, dans ce second cas, une nouvelle source d'*heimothlosat*, mais ce résultat regrettable nous semble être la conséquence forcée des imperfections de notre législation. Pour y remédier, M. Cogordan (1) admet que dans cette hypothèse l'enfant suivra la condition de sa mère; nous ne pouvons approuver cette solution uniquement inspirée par les besoins de la cause; elle n'est pas conforme aux principes et enlèverait une grande partie de son utilité au second paragraphe de l'art. 10.

Nous appliquerons la même règle à l'enfant posthume. Elle pourra présenter quelques inconvénients si la mère recouvre, à la mort de son mari, la qualité qu'elle avait perdue au moment de son mariage et se trouve dès lors avoir une nationalité, différente de celle de son enfant; mais il ne nous semble pas possible d'admettre que l'enfant qui reçoit le nom de son père, qui est l'héritier de tous ses biens, ne prenne pas aussi sa nationalité, jusqu'au moment du moins où il pourra y renoncer en parfaite connaissance de cause. Et nous étendrons cette solution au

(1) Cogordan. — *De la nationalité*, p. 25.

cas où la naissance aurait eu lieu plus de 300 jours après la mort du mari. L'art. 315 du Code civil, en indiquant que la légitimité de cet enfant pourra être contestée, reconnaît par cela même qu'il doit être réputé légitime tant qu'il n'y a pas eu d'action en justice.

L'enfant est né hors mariage.

S'il n'est reconnu que par l'un de ses auteurs, point de difficulté, il suivra la nationalité de celui auquel le rattache cette reconnaissance. Il en sera de même évidemment s'il a été reconnu par son père et sa mère, Français tous les deux. Mais si l'enfant a été à la fois reconnu par un Français et une étrangère, ou un étranger et une Française, la situation devient plus délicate, et en l'absence absolue de textes sur la matière, nous sommes obligés de faire appel aux lumières de la doctrine.

Les auteurs sont très divisés : Coin-Delisle invoque la généralité des termes de l'art. 10 pour imposer sans distinction la qualité de Français à tout individu né à l'étranger d'un Français *ou* d'une Française. — D'autres, tels que Richelot, permettent à l'enfant de choisir, selon son intérêt, entre la nationalité de son père et celle de sa mère. — La plupart enfin, s'appuyant avec M. Duranton sur l'autorité des traditions romaines, déterminent la nationalité de l'enfant par celle de la mère en vertu de la règle : « *Partus naturalis ventrem sequitur.* »

Il ne nous est possible de nous rallier à aucun de

ces systèmes : le premier est conçu dans un esprit d'égoïsme national qui ne nous semble pas justifié par les termes de l'art. 10. Le second, absolument arbitraire, n'a aucune base sérieuse. Le troisième enfin, le seul vraiment soutenable, séduisant au premier abord, repose sur une fausse assimilation du concubinat romain et de la reconnaissance française; à Rome, la reconnaissance des enfants naturels n'existait pas, le concubinat ne produisait aucun lien, aucun rapport de puissance entre le père et l'enfant : il n'y avait donc aucun motif pour les rattacher l'un à l'autre. D'ailleurs l'autorité du système de M. Duranton n'est-elle pas bien amoindrie par ce commentaire de l'éminent jurisconsulte : « L'enfant doit suivre la condition de sa mère *sur-* « *tout* lorsque le père est étranger et la mère Fran- « çaise, » décision bien peu juridique, on le reconnaîtra avec nous.

Nous croyons que, dans tous les cas, l'enfant doit suivre la condition de son père. Le rôle du père naturel, en effet, ne diffère pas sensiblement dans notre droit de celui du père légitime : la reconnaissance soumet l'enfant à la puissance paternelle, elle lui attribue le nom de son père, elle crée entre eux des droits de successibilité réciproques; n'est-il pas, dès lors, rationnel qu'elle ait en même temps pour résultat de conférer la nationalité ? Mais alors, nous dit-on, il pourra donc dépendre d'un étranger, d'enlever, par une reconnaissance tardive, à l'enfant d'une femme Française sa qualité de Français que

lui a fait acquérir la reconnaissance antérieure de sa mère? Pourquoi non, puisque l'on convient, et l'on ne saurait le nier, qu'un étranger peut reconnaître un enfant déjà reconnu par une Française? Si la reconnaissance se produit longtemps après l'accouchement, il y aura dans cette acquisition rétroactive de la qualité d'étranger un résultat fâcheux, il serait puéril de nous le dissimuler, mais n'est-ce pas un cas tout exceptionnel et cette paternité inattendue, d'autant plus suspecte qu'elle est plus tardive, l'enfant ne sera-t-il pas toujours libre de la combattre et d'en contester la valeur? Mais si elle est sincère, si elle a été inspirée par le désir de réparer une faute, si elle produit tous les effets que nous avons énumérés ci-dessus, pourquoi serait-elle impuissante à conférer la nationalité? — Et qu'on ne vienne pas dire que nous introduisons ainsi un mode de perdre a qualité de Français non prévu par le Code. Cette qualité, en effet, l'enfant légalement reconnu par un étranger ne l'a jamais eue; la reconnaissance ne peut donc la lui faire perdre; elle n'est en somme qu'une rectification de son état civil, et a pour résultat de constater publiquement ce qui existait antérieurement en droit. La Cour de cassation a consacré ce système dans un arrêt du 15 juillet 1840 (1).

Enfant trouvé.

Si l'enfant n'a été reconnu par personne, bien qu'en fait sa filiation soit certaine, il sera impossible

(1) Dev., 1840, 1, 902.

en droit de le rattacher à la nationalité Française et nous devrons le considérer comme étranger.

II. — A QUELLE ÉPOQUE FAUT-IL SE PLACER POUR APPRÉCIER LA NATIONALITÉ DE CELUI DONT L'ENFANT SUIT LA CONDITION?

Beaucoup d'auteurs adoptent la théorie romaine et décident que l'enfant légitime ou naturel reconnu, prend la nationalité qu'avait celui dont il suit la condition, au moment de la conception si c'est le père, au moment de la naissance si c'est la mère. Cétte décision, disent-ils, est fondée sur la nature même, et les divers rôles qui ont été assignés à l'homme et à la femme dans le phénomène de la procréation. Après la conception, l'œuvre du père est terminée, « dès ce moment, le germe, pour ainsi dire, de la qualité future de l'enfant repose déjà en lui (1). » Au contraire, si l'on doit s'attacher à la condition de la femme, on ne peut la considérer qu'après la naissance, car, jusque-là, l'enfant placé dans une dépendance absolue vis-à-vis de la mère, malade par sa maladie, mourant par sa mort, ne forme qu'un seul être avec elle et doit nécessairement subir les mêmes transformations.

Ce système, fort respectable d'ailleurs, nous semble devoir être écarté en l'absence de textes qui l'imposent. Il a le tort de donner à l'enfant une nationalité autre que celle de son père, de créer un antagonisme fâcheux entre les conditions de deux

(1) MARCADÉ, I, nº 110.

individus qui ont un immense intérêt à être régis par les mêmes lois. — Voyons du reste comment ses partisans l'ont appliqué : ce sera peut-être la meilleure manière d'en montrer les inconvénients :

Le principe posé, il fallait en accepter les conséquences : quelles étaient-elles ?

L'enfant — dont le père était Français au moment de la conception, s'il suivait la condition de son père ; — dont la mère était Française au moment de la naissance, s'il suivait la condition de sa mère, devait naître Français.

L'enfant — dont le père était étranger au moment de la conception, s'il suivait la condition de son père ; — dont la mère était étrangère au moment de la naissance, s'il suivait la condition de sa mère, devait naître étranger ;

Quels que fussent les changements qui avaient pu se produire dans l'intervalle.

Après avoir proclamé, sans hésitation, le premier de ces résultats, nos adversaires n'ont pu se résoudre à accepter le second : considérant sans doute la nationalité française comme la plus grande faveur qu'il soit donné à un législateur d'accorder et oubliant trop facilement qu'une faveur imposée devient une servitude, ils ont, par une fausse application de la maxime « Infans conceptus.... », décidé qu'il était suffisant pour que l'enfant naquît Français, que le père ait eu cette qualité, soit au moment de la conception, soit au moment de la naissance, si l'enfant

suit la condition de son père, et la mère, à un moment quelconque de la gestation, si c'est elle qui doit transmettre la nationalité.

« Infans conceptus pro nato habetur *solum* quoties « de commodis ejus agitur. Sufficit ei qui in ventre « est liberam matrem, vel medio tempore, ha- « buisse (1), » s'écrient nos contradicteurs imbus des avantages de la nationalité française et assimilant aux esclaves d'autrefois ceux qui n'ont pas le bonheur d'appartenir à notre nation !

MM. Taulier (2) et Richelot (3) semblent cependant entrevoir que l'enfant pourrait n'avoir pas toujours intérêt à invoquer la qualité de Français, mais, étonnés de leur hardiesse, ils n'osent pas aller plus loin, et se contentent de lui laisser le choix entre la nationalité que lui donnerait sa conception, et celle que lui imprimerait sa naissance, sans se rappeler que c'est d'après les dispositions de la loi, seules, que doivent être réglées les questions de nationalité et non selon le bon plaisir de l'intéressé.

Ce système, qui, comme tous les systèmes d'ailleurs, demanderait pour être acceptable à être logiquement appliqué, nous semble donc devoir être repoussé ; nous croyons qu'il est préférable de se reporter, toujours et sans distinction, au moment de la naissance : si l'œuvre du père est terminée après la conception, l'enfant n'existe pas encore, il ne

(1) Justinien, *Institutes*, lib. I, tit. IV, pr. — Marcien, loi 5, § 3, I, 5.
(2) Taulier, *Théorie du Code civil*, I, p. 104 et 105.
(3) Richelot, I, 65, note 16.

compte pas dans la société, la règle qui a pour but de le considérer comme déjà né, est une fiction ; elle ne doit donc s'appliquer que dans les cas expressément prévus par la loi. Cette fiction peut avoir pour effet de rendre capable de recevoir le Français qui n'est encore que conçu, elle ne saurait conférer rétroactivement la nationalité. L'intérêt bien entendu de l'enfant n'est pas d'être Français, Anglais ou Italien, mais d'appartenir à la même nationalité que ses parents. Que le législateur, en considération de la nationalité française, qui a résidé un instant de raison sur la tête du père ou de la mère, facilite à l'enfant l'acquisition de cette nationalité, lorsqu'il aura atteint l'âge de se prononcer en connaissance de cause, nous y consentons volontiers ; mais il serait injuste de lui imposer une qualité à laquelle sans doute il ne tient pas, et dont il ne se rendra digne qu'autant qu'il l'aura librement sollicitée.

Nous nous attacherons donc exclusivement au moment de la naissance pour conférer la nationalité quel que soit celui de ses auteurs dont l'enfant suive la condition. Cette décision, outre les avantages qu'elle présente, nous semble la plus conformé au texte même de l'art. 10 « Tout enfant NÉ d'un Français » — Si le père est mort dans l'intervalle de la conception à la naissance, nous attribuerons à l'enfant la nationalité dont il était revêtu au moment de sa mort ; cette solution nous est logiquement imposée, puisque nous avons décidé que, même en ce cas, l'enfant suivrait la condition de son père.

§ II. — Preuve de la filiation

Comment ferons-nous la preuve de la filiation?

I. — *Enfants légitimes.*

La première chose à établir par celui qui veut prouver son état de fils légitime est l'existence juridique d'un mariage entre l'homme et la femme auxquels il prétend se rattacher. Cette question préliminaire sera résolue, uniquement d'après la loi française, si le mariage a eu lieu en France, à la fois d'après la loi française et la loi étrangère si le mariage a eu lieu sur un territoire étranger ou entre un Français et une étrangère, selon les principes que nous avons déjà posés. La preuve de la filiation sera ensuite faite suivant les prescriptions de la loi française; ce sont les dispositions même du Code civil qui devront être invoquées pour tout ce qui concerne les présomptions de paternité, les preuves de la naissance et de l'identité, l'action en désaveu, les réclamations d'état et les contestations de légitimité. Les tribunaux français seuls compétents, selon nous, pour statuer, devront, du reste, on se le rappelle, accorder aux actes passés devant les officiers étrangers la même force probante qu'à ceux passés en France.

C'est par une juste application de ces idées que la Cour de Paris a décidé, le 20 janvier 1873, que, dans l'État de New-York où le mariage se prouve par la seule notoriété résultant entre un homme et

une femme de la cohabitation et de la réputation d'époux, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit, à défaut de représentation d'un acte de naissance, pour prouver la filiation de l'enfant issu d'un Français et d'une Américaine qui jouissent de cette notoriété (Art. 320 C. C.) (1).

II. — *Enfants naturels.*

Nous appliquerons des règles analogues à l'établissement de la filiation naturelle; le Français qui voudra reconnaître à l'étranger un enfant naturel devra suivre exactement les conditions de fond de la loi française. Ainsi les enfants adultérins ou incestueux ne pourront être reconnus, même à l'étranger et d'autre part sera valable, selon la loi française, la reconnaissance faite par un mineur sans le consentement de son tuteur, par un mineur émancipé non-assisté de son curateur, par une femme mariée non-autorisée de son mari, quelles que puissent être sur ce point les dispositions de la loi étrangère (1).

Contrairement à l'opinion de quelques auteurs, pour apprécier l'aptitude de l'enfant à être reconnu, nous ne nous préoccuperons en aucune façon de la loi qui a pu régir jusque-là son état et sa capacité, s'il a acquis une nationalité différente de celle de son père, soit à cause de sa naissance sur le territoire, soit par suite d'une reconnaissance antérieure de sa mère. La reconnaissance du père aura pour effet, nous l'avons établi, de conférer à l'enfant la natio-

(1) Cour de Paris, 20 janvier 1873. — (Dalloz, 1873, II, 59.
(1) Demolombe, n° 388. — Aubry et Rau, § 568, texte 2, note 6.)

nalité; or cette reconnaissance n'est pas attributive de la filiation et par suite de la nationalité, elle est purement déclarative et ses effets doivent remonter jusqu'à la naissance de l'enfant. Dès ce moment, il existe une relation juridique certaine et déterminée entre l'enfant et son père, et c'est uniquement d'après cette relation que l'on doit estimer s'il y a possibilité ou impossibilité pour l'enfant d'être reconnu. Quelle est la conséquence logique de notre système ? C'est qu'au cas où le père aurait changé de nationalité dans l'intervalle de la naissance à la reconnaissance, c'est à sa loi nationale, au moment de la naissance, qu'il faudrait s'attacher pour déterminer les conditions et les effets de la reconnaissance.

Quant à la forme de la reconnaissance, elle a suscité en France à quelques difficultés et les auteurs ne se sont pas entendus sur l'étendue que l'on devait donner à la règle « *locus regit actum.* »

La reconnaissance d'un enfant naturel peut, nous le savons, se faire en France de deux manières : I. *Devant un officier de l'état civil :* dans l'acte de naissance de l'enfant, — dans un acte postérieur, — dans l'acte de célébration du mariage des père et mère. — II. *Par acte authentique.* Cette seconde disposition a soulevé bien des controverses que nous n'avons pas à examiner. Disons seulement qu'il est admis maintenant que cette disposition vise uniquement les notaires régulièrement compétents, aux termes de la loi du 25 ventôse an 11, pour recevoir tous les actes auxquels les parties veulent im-

primer le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique.

Le Français qui se trouvera à l'étranger ne pourra t-il reconnaître un enfant que dans les formes que nous venons d'indiquer? Nous ne le croyons pas, rien n'indique que le législateur ait entendu restreindre sur ce point la règle générale qu'il a posée. L'acte de reconnaissance constitue, en effet, au premier chef, un acte de l'état civil; par suite 1° les agents diplomatiques ou consulaires, compétents pour recevoir les actes de l'état civil des Français à l'étranger, seront compétents pour recevoir la reconnaissance d'un enfant naturel faite par un Français, — soit dans l'acte de naissance de cet enfant, — soit dans un acte postérieur, — soit dans l'acte de célébration du mariage des père et mère, pourvu dans ce cas qu'il soit compétent pour le mariage lui-même, c'est-à-dire qu'il s'agisse de deux Français; 2° les autorités locales seront compétentes pour recevoir, selon les formes usitées dans le pays, les actes de reconnaissance, comme elles le sont pour les autres actes de l'état civil. — Nos agents à l'étranger et les autorités étrangères sont en effet, aux yeux de la loi française, de véritables officiers de l'état civil.

Mais l'art. 334 ne s'en tient pas là et il autorise aussi la reconnaissance par acte authentique. Comment appliquerons-nous ce second mode à l'étranger, dans un pays par exemple où la reconnaissance peut avoir lieu par acte sous seing privé?

M. Duranton enseigne que la règle « *locus regit*

actum » ne s'applique qu'aux actes authentiques : la loi française, dit-il, exige un acte public; il faudra un acte public à l'étranger ; les formalités de cet acte public seront peut-être autres que celles qui accompagnent en France l'acte correspondant, nous appliquerons alors, dans cette mesure, la règle « *locus regit actum*, » mais nous ne substituerons pas, au nom de cette règle, à toutes les garanties que présente en France la reconnaissance d'un enfant naturel, garanties qui constituent presque une formalité habilitante et personnelle, la forme sous seing privé avec ses dangereuses facilités.

Il y a là certainement des inconvénients sérieux, mais leur perspective ne suffit pas, selon nous, pour autoriser une dérogation à la règle générale. La présence du notaire n'est pas en effet exigée comme une condition habilitante, c'est une forme destinée à donner à l'aveu un caractère d'authenticité, rien de plus. Il n'y a donc entre la reconnaissance par acte authentique et la reconnaissance par acte sous seing privé qu'une différence de *forme* : la reconnaissance sous seing-privé équivaut par conséquent dans les pays où elle est admise, à la reconnaissance authentique usitée en France. — Les motifs sur lesquels nous avons fondé la règle « *locus regit actum* » nous paraissent d'ailleurs militer avec autant de force quelle que soit la nature de l'acte en question ; l'intérêt public, la bonne foi exigent le maintien et la stabilité d'actes et de contrats loyalement faits suivant les formes du pays où ils ont eu

lieu (1). — Qu'arriverait-il dans le système contraire? c'est que l'officier public étranger refuserait de recevoir un acte qui ne rentre pas dans ses attributions, pour lequel il n'a pas été institué et que dès lors nos compatriotes se trouveraient dans l'impossibilité absolue de reconnaître leurs enfants naturels.

La jurisprudence française est constante en ce sens. Deux arrêts de Paris (1) et un arrêt de Cassation (2) ont maintenu comme authentiques des contrats de mariage et un testament faits à l'étranger par des Français sans le concours d'un officier public qui n'exigeait pas la loi étrangère.

§ III. — LÉGITIMATION

La légitimation n'a lieu, selon la loi française, que par mariage subséquent et ne peut s'appliquer qu'aux enfants susceptibles d'être reconnus. Le Français à l'étranger ne pourra donc valablement légitimer ses enfants que par son mariage, alors même que la loi étrangère autoriserait la légitimation par rescrit du prince comme en Italie (art. 198), en Hollande (art. 330), en Autriche (art. 162, loi du 9 août 1854), en Prusse (art. 601-603), ou par divers autres modes, sentence judiciaire, déclaration du père devant un juge etc., etc., et qu'elle étendrait ce bénéfice aux enfants adultérins ou incestueux. La loi du lieu de la célébration du mariage ne s'applique en effet qu'aux formes

(1) DEMOLOMBE, t. I, p. 106.
(2) COUR DE PARIS, 11 mai 1816, 22 novembre 1828.
(3) COUR DE CASSATION, 6 février 1842.

mêmes du mariage, mais ne saurait avoir d'influence sur les effets juridiques qui en sont la conséquence; si donc, d'après la loi étrangère, il n'est pas nécessaire pour la validité de la légitimation par mariage d'une reconnaissance légale antérieure ou concomitante au mariage, mais, comme en Californie, d'une simple adoption dans la famille emportant possession d'état, nous nous contenterons de cette possession en vertu de la règle « *locus regit actum* » (1). Mais, pour les conditions intrinsèques de capacité des époux et des enfants et pour les effets de la légitimation, nous nous attacherons uniquement à la loi nationale du mari. Selon Schaeffner « la possibilité d'être légitimé, ayant aussi elle-même pour condition la naissance de l'enfant, il est nécessaire pour cela, comme pour tout autre rapport juridique, de tenir compte de son commencement : par conséquent les lois du pays où la naissance de l'enfant a eu lieu doivent décider exclusivement s'il peut être légitimé par le mariage subséquent » (2). Nous ne saurions admettre cette opinion, qui, si l'on en croit Burge et Story, a été consacrée par les tribunaux Anglais. Si la légitimation n'a pas l'effet rétroactif de la reconnaissance, effet qui nous a autorisé précédemment à en régler les conditions par la loi nationale du père, nous devons remarquer que la reconnaissance la précède

(1) Cour de Paris, 25 juillet 1876, *Journal du Droit International Privé*, 1877, p. 228.
(1) Schaeffner. — *Droit International Privé*, § 57.

toujours, ne serait-ce que d'un instant de raison ; dès lors la capacité de l'enfant qu'il s'agit de légitimer doit être appréciée d'après la loi sous l'empire de laquelle l'a fait tomber la reconnaissance, c'est-à-dire la loi nationale du père au moment de la naissance.

Telles sont, croyons-nous, les règles qui doivent servir, selon la loi française, à la détermination de la nationalité des enfants nés hors du territoire. Avant de faire la critique de cette législation et d'étudier les conflits auxquels son application pourra donner naissance, jetons un rapide coup d'œil sur les dispositions correspondantes des législations étrangères.

SECTION II. — LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

ITALIE. — La naissance sur le territoire italien ne suffit pas, en général, pour conférer la nationalité. Elle a simplement pour résultat d'en faciliter l'acquisition lorsque l'enfant sera capable de disposer de sa personne ; il pourra alors devenir citoyen en déclarant, dans l'année de sa majorité, telle qu'elle est fixée par sa loi nationale, et devant l'officier de l'état civil de sa résidence, ou s'il se trouve à l'étranger, devant les agents diplomatiques ou consulaires, qu'il entend acquérir la nationalité italienne et en fixant son domicile sur le territoire italien dans l'année de sa déclaration (art. 8, 6, 5). —

Toutefois, si au moment de la naissance, le père étranger était domicilié depuis dix ans non interrompus dans le royaume, l'enfant sera réputé italien; il doit s'agir d'un établissement sérieux, sans esprit de retour dans la patrie; une résidence pour faits de commerce ne serait pas suffisante (art. 8).

Quel est le motif de cette règle? Cette disposition, dit M. Fiore, qui en semble un peu honteux, n'a certainement pas voulu consacrer la doctrine de la nationalité *jure soli*, mais elle a pour but d'interpréter les tendances naturelles et la volonté présupposée de l'individu. Il est raisonnable, en effet, qu'un enfant né en Italie d'un père qui s'y trouve domicilié depuis dix ans, qui, dès lors, a appris la langue, s'est assimilé les mœurs et les habitudes du pays, n'est peut-être jamais allé dans sa patrie, soit considéré comme Italien. — Du reste, ajoute M. Fiore, on lui donne à sa majorité le droit d'opter pour la nationalité étrangère (art. 8).

Nous n'approuvons pas cette disposition, et nous avons été surpris de la rencontrer dans la législation italienne. L'enfant doit suivre la condition qu'a son père au moment de sa naissance; voilà son véritable intérêt; si, au bout de dix ans, le père n'a pas jugé bon de demander la nationalité italienne, pourquoi la demanderait-il plus tard? Voilà donc un enfant qui, pendant vingt-et-un ans, sera italien, alors même qu'il retournerait, avec son père, dans la patrie de ce dernier! — Qu'en considération de sa naissance sur le territoire italien et des senti-

ments qu'elle a pu lui inspirer, l'acquisition de la nationalité italienne lui soit facilitée, comme nous le verrons bientôt dans quelques pays, rien de mieux, mais nous croyons pouvoir nous étonner à bon droit qu'un législateur qui semble attacher un si grand prix à l'unité de nationalité pour le père et les enfants, qu'il naturalise de force les enfants mineurs dont le père devient italien, nous croyons pouvoir nous étonner, disons-nous, que ce même législateur ait consacré une règle si peu en harmonie avec les tendances générales du reste de son œuvre. — La loi française considère avec raison comme nationaux les enfants nés à l'étranger d'un Français, quelque longue qu'ait été sa résidence sur le territoire étranger. — Il y aura donc là une source inévitable de conflits : Ajoutons cependant qu'ils pourront le plus souvent heureusement se terminer par la constatation du caractère de l'établissement à l'étranger, établissement qui, lorsqu'il aura été assez sérieux aux yeux de la loi italienne pour entraîner l'acquisition d'un domicile en Italie, sera suffisant, en général, devant les tribunaux français, pour motiver la dénationalisation.

Nous n'étudierons pas en détail les diverses autres législations européennes et nous nous contenterons de renvoyer sur ce point nos lecteurs à l'intéressant ouvrage de M. Cogordan (1). Qu'il nous suffise seulement de rappeler brièvement les divers principes qui ont présidé à la rédaction des lois étrangères.

(1) COGORDAN. — *De la nationalité*, p. 35.

En ALLEMAGNE, en AUTRICHE-HONGRIE, en BELGIQUE, en ESPAGNE (1), en GRÈCE, en RUSSIE, en SUÈDE, en SUISSE, en TURQUIE, à COSTA-RICA et au MEXIQUE la nationalité dépend exclusivement de la filiation et le fait de la naissance sur le territoire n'est jamais suffisant à lui seul pour la conférer, *a priori*; mais, à part ce résultat commun, les législations de ces divers pays sont loin de se ressembler. En ALLEMAGNE, en AUTRICHE, en SUÈDE et en SUISSE, en effet, la naissance sur le territoire ne donne aux enfants aucun privilège pour l'acquisition postérieure de la nationalité locale. En BELGIQUE, en GRÈCE, en RUSSIE, en TURQUIE, à COSTA-RICA et au MEXIQUE, cette circonstance n'est pas absolument indifférente; si elle n'agit pas immédiatement sur la nationalité, elle en facilite du moins l'acquisition pour l'avenir et l'impose parfois au besoin. — C'est ainsi qu'en BELGIQUE comme en FRANCE, l'art. 9 du Code civil donne aux fils d'étranger, nés sur le territoire,

(1) Toutes les constitutions qui, de 1812 à 1876, ont successivement régi l'Espagne, contenaient la disposition suivante : « Sont Espagnols tous ceux qui sont nés sur le territoire espagnol. » Il était assez naturel de conclure de la tournure impérative de ce texte que la nationalité espagnole était *imposée*; comme cette disposition était absolument contraire à la règle française et pouvait créer de nombreux conflits, l'AMBASSADEUR DE FRANCE fit, en 1837, des représentations au président de la commission chargée de soumettre aux Cortès le projet de constitution. M. OLOZAGA, par une bizarrerie inexplicable, refusa de modifier sa rédactiou, mais reconnaissant la justesse des observations de notre agent, il monta à la tribune, le 11 mai 1837, et déclara solennellement que l'article proposé n'avait pas pour but d'*imposer*, mais seulement d'*offrir* la nationalité espagnole à ceux qui étaient nés sur le territoire. — Cetté singulière interprétation fut adoptée par les Cortès et nous croyons devoir l'appliquer aux textes identiques des Constitutions postérieures. — C'est ce qui explique la place que nous avons assignée à l'Espagne dans ce rapide exposé.

la faculté d'opter, à leur majorité, pour la nationalité belge, — qu'en ESPAGNE, la nationalité est *offerte* à ceux qui sont nés sur le territoire, — que l'enfant né en GRÈCE de parents étrangers peut devenir sujet hellène en déclarant sa volonté dans l'année de sa majorité et en établissant son domicile sur le territoire, — qu'en RUSSIE, l'autorisation de prêter le serment de sujétion et, par suite la nationalité, est accordée à ceux qui justifient de leur naissance sur le territoire par la régence locale du gouvernement, qui prend en même temps un arrêté au sujet de leur inscription dans la classe à laquelle ils doivent appartenir (Art. 12 de la loi du 6 mars 1864 sur la naturalisation), — qu'en TURQUIE, « tout individu né sur le territoire de parents étrangers peut, dans les trois années qui suivront sa majorité, revendiquer la qualité de sujet ottoman. » — La naissance dans le pays a donc pour résultat de transformer en un droit ce qui n'est, en général, qu'une faveur, — qu'à COSTA-RICA, les fils d'étrangers, nés dans les États, ont, à leur majorité, le droit d'opter pour la nationalité américaine, — qu'au MEXIQUE enfin, la nationalité est *imposée* à tous ceux qui, étant nés sur le territoire, n'ont pas, dans l'année de leur majorité (*mayor-edad*, fixée à 25 ans par les lois mexicaines), ou dans l'acte d'émancipation, s'ils sont émancipés avant leur majorité, déclaré leur volonté de rester étrangers. (Remarquons l'inconséquence de cette législation qui apprécie, d'après la loi locale, l'état d'un étranger).

Ce qui ressort de tout ceci, c'est que les enfants nés de parents français dans l'un de ces États seront toujours, et sans contestations, considérés comme Français au moment de leur naissance. Des conflits s'élèveront peut-être, plus tard, à leur majorité; mais, pour le moment, il n'en existe pas.

La même règle est admise, en principe, en HOLLANDE, dans le GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG et dans la PRINCIPAUTÉ DE MONACO, mais elle est souvent modifiée en certains cas par l'introduction d'exceptions analogues à celles des législations française et italienne. — En quoi consistent ces dérogations? — C'est, en HOLLANDE, l'article du Code civil qui déclare *sujets néerlandais* de plein droit les enfants nés, dans le pays, d'individus résidant sur le territoire néerlandais depuis trois ans au moins *(régnicoles établis)*, ou depuis dix-huit mois seulement, pourvu, dans ce dernier cas, qu'ils aient déclaré à la municipalité de leur résidence leur intention de s'établir. — C'est dans le GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG une loi récente, du 27 janvier 1878, qui consacre les réformes introduites en France par les lois de 1851 et de 1874 : « Est Luxembourgeois « tout individu ayant son domicile dans le Grand « Duché et né dans le pays d'un étranger qui y est « né lui-même et y a eu sa résidence jusqu'à la « naissance de cet enfant, à moins que, dans l'année « qui suivra l'époque de sa majorité, telle qu'elle « est réglée par la loi Luxembourgeoise, cet enfant

« ne réclame la qualité d'étranger. — A ce effet, il « devra en faire la déclaration devant l'autorité « communale du lieu de sa dernière résidence, et « justifier avoir conservé sa nationalité d'origine « par une attestation en due forme de son gouver- « nement laquelle restera annexée à la déclaration. » — C'est, dans la PRINCIPAUTÉ DE MONACO l'ordonnance du 8 juillet 1877, qui attribue la nationalité monégasque aux enfants nés sur le territoire, de parents étrangers qui eux-mêmes y sont nés, avec faculté d'option toutefois dans certains cas. — Ces dispositions pourront donc parfois donner lieu à des conflits. — Le gouvernement français aurait mauvaise grâce cependant à s'en plaindre, car, le plus souvent, comme nous venons de le voir, ils seront dus à l'adoption de principes consacrés par notre législation.

Le DANEMARK, la GRANDE-BRETAGNE, le PORTUGAL, les ÉTATS-UNIS, l'EMPIRE DU BRÉSIL et la plupart des RÉPUBLIQUES DE L'AMÉRIQUE DU SUD imposent enfin, toujours et de plein droit, leur nationalité à tous ceux qui naissent sur le territoire.

L'ANGLETERRE, bien qu'elle ait renoncé, dans le bill du 12 mai 1870, à la doctrine de l'allégeance perpétuelle, persiste néanmoins, en théorie, à considérer comme sujets britanniques tous ceux qui naissent sur le territoire anglais. Mais le gouvernement de la Reine, soucieux avant tout d'éviter des conflits, apporte dans l'application du principe un

sérieux tempérament; si, en effet, il reconnaît et entend traiter comme Anglais les enfants nés sur le sol britannique, il ne prétend pas du moins les protéger comme tels contre les réclamations des pays dont les législations, différentes de celle de l'Angleterre, auraient pu leur conférer une autre nationalité (1). — En outre, l'article 4 de l'acte que nous venons de citer, permet à ceux qui, au moment de leur naissance, étaient sujets d'un pays étranger, aux termes de la loi de ce pays, de répudier la nationalité britannique à leur majorité. — Il eut été évidemment plus simple, en présence de ces excellentes dispositions, de renoncer à toute espèce d'autorité sur l'individu qui déjà se rattache à une autre nationalité; mais il ne faut pas oublier la transformation complète qu'a subie en 1870 la législation anglaise, et nous devons nous féliciter de voir ce pays entrer, bien que d'une manière encore imparfaite, dans une voie libérale.

Les enfants nés de parents étrangers en PORTUGAL peuvent renoncer à la concession qui leur est faite en déclarant qu'ils préfèrent la nationalité de leurs parents; leur père a même le droit de faire pour eux cette déclaration durant leur minorité, sauf à eux à n'en pas tenir compte à l'époque de leur majorité.

Aux ÉTATS-UNIS, il est assez probable que les tempéraments apportés par les lois anglaises seraient

(1) *Dépêche* de lord MALMESBURY à lord COWLEY, ambassadeur de S. M. BRITANNIQUE à Paris (13 mars 1858).

mis en pratique si un conflit venait à se produire, mais la conscription n'y étant pas pratiquée, ce cas se présentera fort rarement.

Jusqu'ici, nous le voyons, les difficultés existent surtout en théorie. Mais si nous descendons dans l'Amérique du Sud, nous allons voir qu'il n'en est malheureusement pas toujours ainsi.

Au Brésil, nous trouvons des règles tout à fait spéciales. — La naissance sur le sol brésilien suffit pour conférer la nationalité. L'art. 66 de la Constitution est en effet, ainsi conçu : Sont citoyens brésiliens ceux qui seront nés au Brésil, qu'ils soient ingénus ou affranchis, bien que leur père soit étranger, du moment qu'il n'a pas résidé dans l'empire pour le service de sa nation. »— La loi du 10 septembre 1860 est venue apporter un léger tempérament à cette doctrine en décidant que « le droit qui règle au Brésil l'état civil des étrangers qui y résident, sans que ce soit au service de leur nation, pourra aussi être appliqué à l'état civil des fils de ces mêmes étrangers, nés au Brésil, *pendant leur minorité* et sans préjudice de la nationalité reconnue par l'art. 66 de la Constitution. — Lorsque ces enfants atteindront leur majorité ils entreront dans l'exercice des droits de citoyens brésiliens, soumis aux obligations respectives conformément à la Constitution et aux lois (art. 1.) »

Cette disposition, qui, en autorisant les fils d'étrangers, nés au Brésil, à invoquer pendant leur minorité les lois nationales de leurs parents, en ce qui

concerne leur état civil, fait cependant une exception pour l'élément le plus important, c'est-à-dire la nationalité, constitue en fait et en droit une pure concession du gouvernement brésilien sur la portée de laquelle il serait puéril de nous faire illusion.

Lorsqu'en effet le consul de France, en vertu de la loi du 27 juillet 1872, a invité ses nationaux placés dans les conditions indiquées par la loi, à se faire inscrire au consulat, il y a eu une interpellation à ce sujet dans le Sénat brésilien et à la suite de cette interpellation le ministre des affaires étrangéres à Rio a adressé aux présidents de province une circulaire ainsi conçue : « Les fils d'étrangers, nés au Brésil sont citoyens brésiliens en vertu de la Constitution, *qu'ils soient mineurs ou majeurs*, et ne peuvent perdre leur qualité que dans les cas spécifiés par la Constitution. Il résulte de ce principe fondamental que lesdits individus sont uniquement soumis aux lois de l'Empire et aux obligations qu'elles imposent aux Brésiliens. »

Nous croyons donc pouvoir affirmer que le Brésil maintient d'une façon absolue le principe que l'individu né sur son sol est Brésilien et qu'il admet seulement, comme tempérament, qu'on accorde *en fait* aux fils d'étrangers nés sur le territoire de l'Empire, pendant leur minorité, le traitement que comporte la nationalité de leurs pères.

Il a été souvent question dans ces dernières années de la nécessité d'amender cette législation dont l'application a soulevé beaucoup de difficultés et de

nombreux mécontentements, mais cette révision présente de sérieux dangers si l'on en croit les jurisconsultes brésiliens.

« La question, lisons-nous dans un journal de Rio du 6 février 1873 (1), ne peut même être tranchée définitivement et dépend manifestement de stipulations internationales qui, elles seules, peuvent faire cesser la perspective des conflits que l'on craint de voir survenir sous ce rapport. En effet les étrangers au Brésil ne sont que trop enclins à conserver l'état primitif de leur nationalité et à le transmettre à leurs enfants, ce qui s'explique assez par ce fait que la législation brésilienne leur accorde tous les avantages dont jouit le citoyen brésilien sans qu'ils aient à supporter les charges qui se trouvent attachées à l'exercice des droits politiques. L'objet est d'autant plus délicat que, dans de pareilles circonstances, on doit considérer qu'il serait facile de voir s'établir au Brésil une population d'étrangers non par immigration, mais par l'éventualité de leur naissance et qui, en peu de temps, pourrait arriver à un nombre pour le moins égal à celui de la population nationale proprement dite. Si les mêmes faits ne se produisent pas aux États-Unis, et si de pareils résultats n'y sont pas à craindre, c'est qu'à la qualité de citoyen nord-américain, sont attachées des prérogatives très-importantes, en relation surtout à l'acquisition et à la jouissance de la propriété immobilière. Ces dispositions manquent au Brésil. D'un autre

(1) *O Jornal do Commercio*, Quinta-Feira, 6 de Fevereido de 1873.

côté, si quelques nations prétendent que les fils de leurs sujets résidant à l'étranger conservent la nationalité de leur père, il en est qui déterminent que les enfants peuvent bien être citoyens du pays de leur naissance si les lois les y obligent, mais temporairement seulement, devant, lorsqu'ils passent dans d'autres pays, reprendre la nationalité de leurs pères.

« Les législations des pays ne sont donc pas d'accord à ce sujet et c'est une circonstance qui rend encore plus difficile l'adoptiou d'une mesure définitive sur cette matière. Ce sont en conséquence des conventions internationales auxquelles on devra recourir de préférence pour arrêter des principes uniformes et dont l'application franche ne donne occasion à aucune mésintelligence. » (1).

Nous avons reproduit cet article parce qu'il résume bien la situation respective des Européens et des indigènes non-seulement au Brésil mais encore dans tout le Nouveau Continent. Comme l'honorable rédacteur du *Journal du Commerce*, nous croyons que c'est seulement au moyen de stipulations internationales que les gouvernements pourront arriver a une entente, mais, en l'état actuel des idées, les bases nous paraissent difficiles à poser. Ne serait-il pas cependant possible de résoudre la question, sinon en théorie du moins en pratique, en conférant,

(1) Nous devons la plupart de ces documents à une bienveillante communication de M. Léon Noel, Envoyé Extraordinaire et Ministre Plénipotentiaire de France à Rio-de-Janeiro.

à leur majorité, un droit d'option aux enfants nés de parents français au Brésil, le gouvernement ayant la faculté d'expulser ceux qui voudraient continuer à jouir des avantages accordés aux citoyens, tout en ayant soin, grâce à leur nationalité étrangère, do se soustraire aux charges correspondantes?

Sauf au MEXIQUE et à COSTA-RICA, la naissance sur le territoire suffit à elle seule, dans tous les ÉTATS DE L'AMÉRIQUE, pour conférer la nationalité. La nécessité, nous venons de le voir, a été le principal motif de l'adoption de cette règle ; elle n'est pas moins regrettable au point de vue des rapports qui existent entre ces États et la France.

Il serait trop long de passer en revue toutes les dispositions législatives en vigueur dans ces divers pays, qu'il nous suffise de reproduire à titre d'exemple, l'article 6 de la Constitution des ÉTATS-UNIS DE VENEZUELA : « Sont Vénézueliens, toutes les personnes qui sont nées ou naîtront sur le territoire du Vénézuela quelle que soit la nationalité de leurs pères. » Comme commentaire de ce texte, nous pouvons invoquer la note suivante adressée en 1874 par le gouvernement de Vénézuela au ministre d'Italie : « Ce qui précède suffira pour convaincre V. E., disait le ministre des affaires Étrangères, que la Constitution de Vénézuela, ayant posé en principe que tout individu né sur le territoire de la République est Vénézuélien, quelle que soit la nationalité de ses parents, les fils

d'Italiens nés au Vénézuela sont Vénézuéliens quelles que soient les dispositions du Code Italien... Cette loi étrangère n'a aucune force sur le territoire de la République.En conséquence, le gouvernement tiendra pour Vénézuéliens de fait et de droit, les fils nés au Vénézuela de parents Italiens, sans aucune exception, et les regardera comme investis des droits et soumis aux obligations que la Constitution et les lois de la République accordent ou imposent aux autres citoyens » et qui peuvent se résumer en ces termes : « Tous les Vénézueliens sont tenus de servir la nation conformément aux lois et de faire le sacrifice de leurs biens et de leur vie, s'il est nécessaire, pour la défendre. »

Dans tous les autres ÉTATS de l'AMÉRIQUE LATINE au PÉROU, au CHILI, en COLOMBIE, en BOLIVIE, dans les RÉPUBLIQUES de L'URUGUAY et de L'ÉQUATEUR, à HAITI et dans le GUATEMALA, dans la RÉPUBLIQUE ARGENTINE enfin, nous trouvons les mêmes régles, plus ou moins sévèrement appliquées en fait, *avec des tempéraments plus au moins efficaces en droit.*

EN COLOMBIE, l'acquisition de la nationalité est subordonnée à l'établissement sur le territoire ; réciproquement les Colombiens qui se fixent à l'étranger, y prennent domicile et y acquièrent la nationalité étrangère perdent leur qualité de Colombien.— Il en est de même dans la RÉPUBLIQUE DE GUATEMALA,l'enfant né de parents étrangers peut se soustraire à la nationalité Guatémalienne en retournant

dans son pays. — La RÉPUBLIQUE ARGENTINE, après avoir posé le principe, fait une exception pour les enfants des membres du Corps Diplomatique qui résident sur le territoire.

En fait, il est arrivé souvent que, comme au Brésil, les enfants d'étrangers ont été volontairement omis par les gouvernements sur les listes du recrutement dans le but d'éviter les conflits, mais l'antinomie n'en subsiste pas moins en droit et il serait nécessaire d'y remédier.

L'Angleterre et la France l'ont plusieurs fois essayé, mais en vain ; aux réclamations de l'Angleterre, les gouvernements ont, avec une certaine apparence de raison, répondu en opposant la loi anglaise qui considère comme Anglais tous ceux qui sont nés sur le territoire anglais. Redoutant toujours les conflits, le gouvernement britannique envoya le 20 décembre 1842 au consul anglais à Montévideo la dépêche suivante « Les enfants nés hors des possessions britanniques de père ou même de grand'père anglais né, sont Anglais en Angleterre, mais ils ne peuvent pas invoquer cette qualité contre le gouvernement du pays où ils sont nés, du moins tant qu'ils y demeurent. Par la commune loi anglaise, les enfants nés en Angleterre de parents Anglais ou étrangers sont anglais, et si la loi d'un État étranger est conçue de la même manière cet État a le droit de considérer comme sujets les enfants nés sur son sol (1) ».

(1) COGORDAN. — *De la nationalité.*

Sans cesser d'être équitable, le gouvernement Anglais pourrait maintenant se montrer un peu moins tolérant et demander aux États de l'Amérique du Sud la consécration d'un tempérament analogue à celui que son esprit pratique a su apporter à une théorie trop absolue. Car, par suite de ces concessions multipliées, l'Angleterre en arrive à ne considérer comme Anglais ni les individus nés de parents étrangers sur le territoire, ni les indivividus nés à l'étranger de parents anglais. Toutefois, si nous trouvons cette législation un peu libérale, c'est un excellent défaut et nous ne saurions assez louer le respect qu'elle témoigne, en cette matière, pour les dispositions des lois étrangères. Il y a là une sérieuse garantie de l'esprit de conciliation qu'apporterait certainement le gouvernement de la Reine dans la conclusion de traités internationaux et, si l'on songe au chemin parcouru dans cette voie par l'Angleterre depuis quelques années, un salutaire encouragement pour les jurisconsultes dont les écrits ont contribué à opérer cette transformation.

L'Espagne, elle aussi, a essayé de faire reconnaître par les gouvernements hispano-américains la nationalité Espagnole des enfants nés en Amérique de parents Espagnols; elle n'a pu y réussir et toutes les conventions qu'elle a signées avec l'EQUATEUR (1840), le CHILI (1844), les ÉTATS-UNIS DE VENEZUELA (1845), la BOLIVIE (1847), COSTA-RICA et NICARAGUA (1850), décident que, dans les deux pays, la

naissance sur le territoire suffira pour conférer la nationalité.

Enfin aux réclamations beaucoup plus autorisées de la France, puisqu'elle considère en général comme étrangers les enfants nés de parents Américains sur le territoire français, les gouvernements de l'Amérique du Sud ont opposé les difficultés de leur existence, l'homogénéité indispensable au développement et à la prospérité de l'État, l'immense inconvénient qu'il y aurait à ne pas imposer une nationalité uniforme à tous ceux qui se trouvent sur le territoire etc; quelques-uns se sont même simplement contentés d'invoquer leur souveraineté et leur indépendance. — Dans ces conditions que doit faire la France? Le gouvernement impérial, jaloux de mettre un terme à cet état de choses, avait songé en 1853 à modifier les dispositions du Code civil de manière à éviter tout conflit, c'était un remède bien dangereux; on y renonça; une commission fut réunie au Ministère des Affaires Étrangères, à Paris, pour étudier la question : à la suite du rapport, un projet de circulaire fut élaboré, mais il n'y fut pas donné suite et les choses restèrent en l'état jusqu'en 1872; à cette époque la réorganisation militaire, en faisant du service une obligation effective pour tous les Français, vint accentuer les conflits.

SECTION III. — CRITIQUES ET RÉFORMES

En nous plaçant uniquement au point de vue pratique, il nous est en effet facile de remar-

quer que, si ces conflits, en général concomitants à la naissance, existent à l'état latent depuis cette époque, l'événement qui leur donne toujours et nécessairement un caractère aigu est l'obligation au service militaire. — Nous devons donc, dans l'étude qui nous reste à faire des réformes dont l'adoption serait de nature à en faciliter la solution, nous préoccuper particulièrement de cette obligation. Dans quelles conditions se présente-t-elle?... L'enfant qui est né Français conserve forcément cette qualité, aux yeux de la loi française, jusqu'à sa majorité, c'est-à-dire vingt-et-un ans. Or, à vingt ans, il est appelé sous les drapeaux !...

Jusqu'en 1873, nous l'avons dit nos nationaux, nés ou établis à l'étranger, avaient échappé pour la plupart au service militaire « faute de mesures d'ensemble ayant pour objet de les comprendre d'une manière effective dans les opérations du recensement annuel. » En présence de la nouvelle loi, qui astreignait tous les Français au service militaire personnel, cette situation ne pouvait se prolonger. Le duc de Broglie, ministre des Affaires Étrangères, adressa donc, le 16 juin 1873, aux agents diplomatiques et consulaires de France à l'étranger, une circulaire que nous allons brièvement analyser :

Chaque année, porte ce document, les consuls dresseront une liste exacte des jeunes gens nés ou établis dans leur circonscription, ayant atteint ou devant atteindre l'âge de vingt ans avant l'expiration

de l'année courante. Cet état sera composé d'après les déclarations qu'ils auront provoquées par des avis publics, d'après le registre d'immatriculation sur lequel doivent se faire inscrire les Français qui veulent avoir droit à la protection consulaire, en vertu de l'ordonnance du 29 novembre 1833, enfin à l'aide du registre de l'état civil et des renseignements fournis par les autorités locales et les agents consulaires; à la suite de la communication qui en sera faite au ministère des Affaires Étrangères, les jeunes gens seront portés sur les tableaux de recensement dans leur commune d'origine. S'ils ont à faire valoir quelque infirmité, ils pourront se faire examiner au lieu de leur résidence à l'étranger par des médecins français ou, à leur défaut, par le médecin du consulat; le résultat de cet examen sera envoyé au conseil de révision en France, seul compétent pour statuer (1). — Les appelés qui ne sont pas arrivés à destination, au jour fixé par leur ordre de route, sont, au bout d'un certain délai, (2 mois ou 6 mois, selon le pays où ils se trouvent) considérés comme insoumis : « On ne saurait se dissimuler, dit en terminant le ministre des Affaires étrangères, que l'application de la loi militaire à ceux de nos compatriotes qui vivent à l'étranger présentera de sérieuses difficultés. Nous comptons sur le patriotisme du plus grand nombre qui ne voudront pas décliner leur participation à des charges imposées à

(1) C'est là une pure formalité, car il est évident que l'avis de ces médecins sera toujours consacré par le Conseil de Révision.

tous les citoyens Français. — Quant à ceux qui ne seraient pas accessibles à cet ordre de considérations, il ne faut pas qu'ils ignorent les conséquences auxquelles ils s'exposeraient en cherchant à se soustraire à l'acquittement de leur dette envers la France. En vertu des art. 60 et 61 de la loi de recrutement, toutes fraudes ou manœuvres, par suite desquelles un jeune homme a été omis sur les tableaux de recensement ou sur les listes du tirage, sont punies d'un emprisonnement d'un mois à un an. Le jeune homme, indûment exempté ou dispensé, est rétabli en tête de la première partie de la classe appelée, après qu'il a été reconnu que l'exemption ou la dispense a été indûment accordée. — En ce qui touche les appelés qui ne se rendent pas à leur destination dans les délais fixés, ils sont passibles d'un emprisonnement d'un mois à un an en temps de paix et de deux ans à cinq ans en temps de guerre. Dans ce dernier cas, à l'expiration de leur peine, ils seront envoyés dans une compagnie de discipline. — Enfin je n'hésite pas à vous autoriser à refuser votre protection aux Français qui, à dater de cette année, ne se soumettraient pas aux obligations militaires (1) ».

M. de Broglie ne fait, on l'a remarqué, aucune allusion à la situation que peuvent avoir nos compatriotes devant les législations des divers pays où ils résident ; il se place uniquement au regard de la loi

(1) Le Duc de Broglie. — *Livre jaune*, 1873, p. 105.

française et entend qu'elle soit respectée. Cette circulaire, si elle constitue un document intéressant pour les Français établis à l'étranger, ne résout donc en aucune façon la question qui nous occupe et la complique plutôt, en rendant les conflits inévitables. — Qu'une autre nation, en effet, considère en même temps comme sujet un de nos compatriotes et l'astreigne, elle aussi, au service militaire, comme il ne possède pas le don d'ubiquité, il sera nécessairement insoumis à l'égard de l'un des États dont il est membre et désormais exposé à être traduit, sous cette prévention, devant la juridiction compétente.

Les conseils de guerre, malgré l'injuste réputation de rigoureuse sévérité qui leur est faite, tiennent un large compte de cette situation, nous en avons fait plusieurs fois l'expérience, et n'hésitent pas à rendre un verdict de non-culpabilité, toutes les fois que la bonne foi du prévenu ressort des circonstances mêmes de la cause ; mais cette pratique, purement bienveillante et toute d'équité, peut n'être pas suivie à l'étranger, où nos compatriotes se trouvent dès lors en butte aux plus sérieux désagréments. — Comment y remédier ?

Nous proposerons la généralisation d'un expédient dont on a pu déjà apprécier l'excellente pratique : c'est la possibilité pour l'enfant de renoncer à l'une de ses nationalités avant d'être appelé sous les drapeaux : — Renonce-t-il à la nationalité française ? il est absolument dégagé vis-à-vis de la France, nous

n'avons plus à nous en occuper — renonce-t-il à la nationalité étrangère? il se trouve alors dans la situation de tous les autres Français.

Pour arriver à ce résultat, deux voies différentes peuvent être suivies : la première consisterait à autoriser la renonciation avant le service militaire, la seconde à retarder l'appel sous les drapeaux jusqu'à près le moment où il aura été possible à l'intéressé de choisir entre les deux nationalités.

C'est cette seconde forme qui nous semble la meilleure : elle a l'avantage de ne pas déroger aux lois fondamentales de notre législation sur la capacité et de conserver à la naturalisation son caractère d'acte libre et volontaire, fait en pleine connaissance de cause. — Nous voudrions donc que l'appel sous les drapeaux n'eût lieu qu'à l'expiration de la vingt-deuxième année pour les jeunes Français qui, au moment de la conscription, seraient en mesure de justifier que, par suite de leur naissance sur un territoire étranger, ils ressortissent à un autre État; majeurs à 21 ans, ils auraient un délai d'une année pour renoncer à la nationalité française ; si, au bout de ce délai, ils n'ont pas fait usage de la faculté qui leur est offerte, ils seront alors appelés sous les drapeaux.

Cet expédient a été appliqué à la situation réciproque par la loi du 16 décembre 1874 et adopté, pour faciliter la solution de difficultés analogues, dans la convention franco-suisse du 23 juillet 1879.

Mais si l'extension de cette mesure, au moyen de traités conclus avec les pays où l'émigration française est le plus fréquente, est de nature à mettre fin, en politique, à la plupart des conflits, ils ne subsisteront pas moins en théorie et pendant la minorité.

Quelles sont donc les règles fondamentales qui doivent servir de guide dans toutes ces questions? Et d'abord comment déterminer la nationalité première de l'individu? « Jadis en France et partout, on avait moins d'égards pour la volonté individuelle. Aussi les nations ne recherchaient-elles que le lieu de la naissance pour savoir qui leur appartenait. La France a donné un généreux exemple en rompant avec un système qui surbordonnait la détermination du droit de cité à un fait qui pouvait être fortuit. Cet exemple a été suivi et l'est encore tous les jours. Les peuples les plus attachés aux anciennes idées, ou les plus intéressés à accroître par tous les moyens le nombre de leurs citoyens reconnaissent que le changement de nationalité doit demeurer libre. — Principe hautement moral qui témoigne d'un égal respect pour la dignité humaine et pour ce noble sentiment dont il faudrait aujourd'hui augmenter et non détruire la force, l'amour de la patrie (1). »

Ce n'est pas, en effet, comme le dit notre savant maître, à un fait matériel purement fortuit qu'il

(1) M. Alb. Desjardins. — *Rapport à l'Assemblée nationale*, 18 décembre 1873.

faut s'attacher pour déterminer la nationalité d'un individu. L'enfant doit en principe venir au monde avec la nationalité de ses parents; il serait contraire à la nature, non moins qu'à la raison, d'établir des barrières entre ceux que doivent rassembler des affections et des intérêts communs. « A une époque, écrivait il y a quelques années l'honorable doyen de la Faculté de Paris, où les communications internationales sont fréquentes et nécessaires, régler la nationalité par le sol et non par les rapports de filiation, c'est faire entre les nations un échange continuel de nationaux et, sous prétexte de constituer l'homogénéité de la famille française, la détruire en agglomérant des éléments disparates et passagers sous un titre qui n'a de réalité qu'autant qu'il est soutenu par un esprit commun (1). »

La France, nous le savons, s'attache presque uniquement aujourd'hui à la filiation pour déterminer la nationalité, mais les deux principes dont nous avons étudié l'antagonisme au commencement de ce chapitre, se trouvent en présence dans les rapports des nations entre elles. Toutefois, remarquons-le, si beaucoup de législations considèrent encore comme nationaux, *jure soli*, ceux qui sont nés sur le territoire, indépendamment de la nationalité de leurs parents et des circonstances qui les y ont amenés, il en est fort peu qui consentent à ne pas compter au nombre des leurs les enfants nés de citoyens à l'étranger. Cette contradiction ne montre-

(1) M. Beudant. — *Mélanges-Valette*, t. XVII, p. 16.

t-elle pas d'une façon évidente où est le droit ? — Aussi, entre les deux principes, n'hésitons-nous pas et accordons-nous immédiatement la préférence au *jus originis paternæ ;* que la naissance sur le sol facilite l'acquisition postérieure de la nationalité, qu'au besoin même, dans certains cas exceptionnels, elle suffise, à elle seule, pour la conférer, nous y consentons volontiers, mais à condition cependant que l'Etat auquel ressortissent les parents de l'individu reconnaisse cette exception, souvent légitime, et renonce volontairement à la suprématie naturelle qui lui appartient.

Quelles modifications faudrait-il apporter à notre législation pour qu'elle répondît à toutes ces idées ?

Les rédacteurs du Code civil s'étaient attachés uniquement à la filiation pour déterminer la nationalité; respectueux des idées modernes et soucieux de se conformer, sur ce point, aux principes du droit international, le législateur de 1803, ne cherchait pas à imposer la nationalité française à ceux qui étaient nés sur le territoire, mais dont les parents étaient étrangers; ils se contentaient de leur en faciliter l'acquisition à l'époque de la majorité; par contre, maintenant énergiquement (et il en avait le droit) le principe qu'il venait de poser, il considérait comme nationaux, les enfants nés à l'étranger de parents français, quelles qu'aient été les conditions de leur établissement et les dispositions des lois étrangères.

Dans le but très louable de diminuer le nombre des individus sans patrie (*heimathlosen*), et par une ingénieuse combinaison, la loi du 7 février 1851 déclarait Français de plein droit, les individus nés sur le territoire de parents étrangers, qui eux-mêmes y étaient nés, mais les autorisait, à leur majorité, à réclamer la qualité d'étranger, par une simple déclaration faite, soit devant l'autorité municipale du lieu de leur résidence, soit devant les agents diplomatiques ou consulaires accrédités en France par le gouvernement étranger.

Cette loi, pour répondre aux légitimes préoccupations de ses auteurs, eût dû ne s'appliquer aux enfants nés sur le territoire français de parents étrangers, qui eux-mêmes y étaient nés, qu'autant qu'en effet, ils se trouvaient sans nationalité; mais, par contre, il n'était point nécessaire de leur faire une situation exceptionnelle, quant à la dénationalisation, en leur permettant de réclamer, de plein droit, la qualité d'étrangers à l'époque de leur majorité.

Il n'en fut malheureusement pas ainsi; la loi de 1851 laissa subsister en partie l'inconvénient qu'elle avait eu pour mission de supprimer et en engendra un autre beaucoup plus grave, au point de vue français; — d'une part, en effet, en autorisant indistinctement cette nouvelle catégorie de nationaux à renoncer à la nationalité française, par une simple déclaration, dans l'année de la majorité, qu'ils ressortissent ou non à un autre État, elle

favorisait l'*heimathlosat* qui n'avait été dès lors évité que pendant la minorité; — de l'autre, en ne tenant aucun compte des législations étrangères, et par un retour fâcheux aux errements de l'ancien droit elle donnait souvent la première place au *jus soli* alors que le *jus originis paternæ* se présentait dans toute sa force et elle enlevait ainsi toute autorité aux réclamations qu'aurait pu faire le gouvernement français en faveur de ses nationaux, nés à l'étranger, auprès des États, dans lesquels le fait seul d'être né sur le territoire, suffit pour conférer la nationalité. N'est-il pas absolument illogique en effet, que la France, qui considère comme sujets les enfants nés de Français à l'étranger, quels que soient les caractères de l'établissement de leurs parents et les dispositions des lois étrangères, se refuse à considérer comme étrangers les enfants nés sur le territoire français de parents étrangers qui se trouvent dans les mêmes conditions?

Cette loi était donc mal équilibrée : tantôt elle n'atteignait pas le but que s'étaient proposé ses auteurs, tantôt elle le dépassait. Il était facile de prévoir qu'elle ne resterait pas longtemps en vigueur.

La loi du 16 Décembre 1874, rendue sur le rapport de M. Desjardins, est venue remédier au premier des deux inconvénients que nous avons signalés en n'autorisant la déclaration prescrite par la loi de 1851 qu'autant que l'intéressé justifiera par une attestation en due forme de son gouvernement qu'il a conservé sa nationalité d'origine. « Pour fournir cette preuve, écrivait l'éminent rapporteur, l'é-

tranger n'aura pas à faire un procès long et compliqué. Nous vous proposons une règle qui nous a paru à la fois sûre et simple : celui qui déclarera appartenir à une nation étrangère devra apporter une attestation de son gouvernement constatant que sa déclaration est vraie, qu'il n'a point perdu cette nationalité dont il se fait un titre pour se soustraire aux charges de la nationalité française. — C'est aux gouvernements étrangers à connaître leurs nationaux; *nous nous en rapportons complètement à leur parole;* nous leur enlevons tout motif de plainte en leur fournissant un moyen facile de revendiquer et de protéger ceux qui leur appartiennent..... On ne peut présumer que les gouvernement étrangers n'usent pas avec bonne foi de la faculté qui leur sera reconnue, ni qu'ils s'obstinent à protéger contre nous d'anciens sujets qui leur auraient fait constamment défaut à eux-mêmes; leur propre intérêt ne leur défend-il pas d'encourager l'émigration et la désertion? »

Nous attendons avec confiance qu'une nouvelle mesure législative, corollaire indiqué de celle que nous venons d'analyser, tenant un compte sérieux de la souveraineté des divers États, subordonne aux dispositions des lois étrangères l'acquisition de la nationalité française que confère la loi de 1851, et permette ainsi au gouvernement français de maintenir énergiquement, dans ses rapports avec les autres nations, le principe du *jus originis paternæ,* le seul vraiment conforme aux besoins et aux tendances de la société moderne.

CHAPITRE VII

DE L'ADOPTION.

En France, la majorité des auteurs et une jurisprudence constante, considérant le contrat d'adoption comme purement civil, n'en reconnaît pas la valeur lorsqu'il intervient entre un Français et un étranger. La Cour de Colmar a voulu distinguer entre l'adoptant et l'adopté, et permettre au Français l'adoption d'un étranger, en refusant à l'étranger l'adoption d'un Français. Cette distinction en faveur de laquelle on pouvait peut-être invoquer la disposition de la Constitution de 93, qui conférait la qualité de Français « à l'étranger qui avait adopté un enfant » n'était guère juridique et fut rejetée par la Cour suprême. Aujourd'hui la question n'est même plus soulevée.

Nous n'avons donc à nous occuper que de l'adoption d'un Français par un Français; ce contrat pourra-t-il avoir lieu à l'étranger? Nous le croyons. Mais dans quelles formes? Cette question seule, en effet, nous doit préoccuper, puisque la capacité des contractants sera évidemment régié par la loi française.

Le chap. Ier, sect. II, du Titre huitième, détermine les formes de l'adoption : les deux parties se présenteront devant le juge de paix de leur domicile pour y passer acte de leurs consentements respectifs (Art. 353). Cet acte sera soumis dans un certain délai à l'homologation du tribunal de l'arrondissement et de la Cour d'appel, puis inscrit, dans les trois mois, sur le registre de l'état civil du domicile de l'adoptant (Art. 355 et suivants).

Devons-nous considérer comme de pures formes toutes ces prescriptions? Nous ne le pensons pas : si l'échange des consentements peut avoir lieu à l'étranger devant l'autorité compétente d'après la loi locale, même par acte sous seing privé, si cette forme est admise, il n'en est pas de même de l'homologation du Tribunal et de la Cour d'appel. En autorisant ou en refusant l'adoption, le Tribunal et la Cour font acte d'autorité; ils apprécient la valeur et l'opportunité du contrat, en se fondant sur les dispositions de la loi française et les diverses circonstances de la cause, ils statuent en un mot sur l'état d'une personne; les tribunaux étrangers sont donc incompétents. — Les effets de l'adoption se règlent nécessairement d'après la loi française.

En ANGLETERRE, aux ÉTATS-UNIS, à la LOUISIANE, à HAÏTI, en SUÈDE, en NORWÈGE, en HOLLANDE et dans la plupart des CANTONS SUISSES, l'adoption n'existe pas. Nous ne voyons pas la possibilité pour deux Français de procéder au contrat dans ces pays. Mais dans les autres contrées, rien ne s'oppose, si

toutefois l'autorité locale y consent, à ce que l'échange des consentemcnts ait lieu en la forme usitée.

En ITALIE, l'échange des consentements doit se faire, aux termes de l'art. 213, devant le président de la Cour d'appel du lieu où l'adoptant a son domicile : le greffier de la Cour reçoit ces consentements et en dresse acte. C'est cet acte, qui, selon nous, doit être envoyé en France et soumis à l'homologation des tribunaux français.

En BAVIÈRE et en PRUSSE, l'adoption est interdite aux femmes ; nous croyons néanmoins qu'une Française pourrait y exprimer sa volonté, sans que l'ordre général fut troublé par cette manifestation.

Il a été décidé que les agents diplomatiques ou consulaires de France à l'étranger n'étaient pas compétents pour recevoir une adoption. Cependant nous croyons qu'aux termes de la convention passée avec l'Autriche le 11 décembre 1866, « les consuls généraux, consuls, vice-consuls ou agents consulaires des deux pays sont autorisés à recevoir les dispositions testamentaires de leurs nationaux et tous les autres actes de droit civil qui les concernent et auxquels on voudrait donner force authentique, » nos agents en Autriche pourraient présider à l'échange des consentements et en dresser acte.

CHAPITRE VIII

MESURES DE PROTECTION EN FAVEUR DES INCAPABLES

Aux yeux de la loi française, l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de 21 ans accomplis est mineur (art. 388). Cet article, rapproché de l'art. 3 du Code civil, nous conduit à affirmer que, quelle que soit la résidence ou le domicile du Français, quelle que soit la personne avec laquelle il a contracté, il est mineur, aux yeux de sa loi nationale, tant qu'il n'a pas atteint l'âge de 21 ans accomplis.

Si donc, par suite de l'application des art. 14 ou 15 du Code civil, nos tribunaux ont à statuer sur la validité d'un acte passé à l'étranger par un Français, il n'est pas douteux qu'ils n'appliquent exclusivement la loi française pour savoir si cet individu était capable de contracter, s'il y a lieu d'admettre les actions en rescision, restitution ou nullité pour défaut d'âge.

Quelle que soit la situation des biens, tout cela sera réglé par la loi française, — la tutelle et la cu-

ratelle ont en effet été instituées pour défendre les intérêts de ceux qui sont incapables d'y pourvoir par eux-mêmes. « Restitutio in integrum, dit Cujas, est in personam; personale enim est beneficium Cur enim restituitur? ob infirmitatem œtatis. » — Remarquons toutefois que si le Français a frauduleusement dissimulé son âge ou sa nationalité, si, dans un pays où la majorité est fixée à 18 ans, il a contracté à cet âge avec un citoyen, en se faisant passer pour national, il n'est pas douteux que le juge français ne lui refuse alors le bénéfice d'exception pour défaut d'âge, mais cette remarque ne diminue en aucune façon la portée de notre principe.

Nous appliquerons la même règle aux diverses mesures de protection établies par la loi française en faveur des incapables, soit pour défaut d'âge, soit pour faiblesse d'esprit.

Tout ce qui concerne ces mesures, nomination d'un tuteur, ou curateur, pouvoir de ce tuteur ou curateur doit être réglé par la loi française.

SECTION I. — DES MESURES A PRENDRE

Plaçons-nous donc dans l'hypothèse d'un Français mort à l'étranger ou subitement atteint d'aliénation mentale et demandons-nous quelles seront les mesures qui devront être prises et l'autorité qui aura le droit de les prendre. Le Code est absolument

muet sur la question; il nous faut dès lors appliquer les principes généraux.

§ Ier. — TUTELLE, CURATELLE.

La question se pose pratiquement en ces termes : un Français meurt à l'étranger; il laisse des enfants mineurs; que va-t-il se passer? — Nous ne croyons pas qu'il y ait deux solutions possibles : le domicile du mineur est au domicile du défunt; le domicile du défunt se trouve nécessairement en France; c'est donc en France que se réunira le conseil de famille. Pour ceux qui admettent la possibilité d'avoir, aux yeux de la loi française, un domicile réel et légal hors de France, la question se complique : ils doivent d'abord se demander si le défunt avait son principal établissement et par suite son domicile à l'étranger; si oui, les difficultés vont commencer : ils sont en effet logiquement tenus de déclarer la tutelle ouverte à l'étranger. Si le décès a eu lieu en BELGIQUE ou en ITALIE, en PORTUGAL ou à la LOUISIANE, dans un de ces pays enfin qui ont, sur le point qui nous occupe, des lois semblables aux nôtres, rien de mieux; et cependant l'on en arrive nécessairement à reconnaître la juridiction de tribunaux étrangers pour statuer sur des questions d'état entre Français! — Mais si, ainsi que cela a lieu dans plusieurs législations de l'Europe, les lois du pays de l'ouverture ignorent l'institution des juges de paix et des conseils de famille....? Nous

laissons à nos adversaires le soin de résoudre toutes ces difficultés ; nous ne pensons pas qu'elles puissent se présenter et nous n'oserions émettre une opinion qui, devant le silence des textes, ne pourrait être qu'arbitraire. Nous croyons donc, sauf certains tempéraments que nous étudierons par la suite, à la compétence exclusive des autorités françaises, et nous considérons comme nulle et non avenue toute forme de procéder qui pourrait être contraire à ce principe.

Un jugement du tribunal de la Seine en date du 31 janvier 1861 confirme cette doctrine. — M. Emile P. domicilié à Paris, mais résidant depuis de longues années à Valparaiso, y était décédé le 8 mars 1860, laissant pour légataire universelle une fille naturelle reconnue, Adèle P... encore mineure dont il confiait, par son testament, la garde à une dame Irma M... — Après son décès, les héritiers, pour arriver à la liquidation, firent nommer un tuteur à la jeune fille en la personne de M. de St-L..., suivant délibération d'un conseil de famille réuni à Paris, le 28 juin 1860, sous la présidence de M. le juge de paix du XVIe arrondissement(dans lequel se trouvait le domicile du défunt.) Le tribunal de la Seine ordonnait la liquidation de la succession en présence du tuteur ainsi nommé. Mais pendant ce temps-là un tuteur indigène avait été institué par les autorités chiliennes ; il forma tierce-opposition au jugement du tribunal de la Seine et la lutte s'engagea entre les deux tuteurs. — Elle fut tranchée par le

tribunal de la Seine le 31 janvier 1861 : Le tribunal, après avoir constaté que M. Emile P... n'avait pas perdu la qualité de Français et par suite son domicile en France. — « Attendu que le testament d'Emile P. ne peut donner à la mineure Adèle P., sa fille naturelle reconnue, un domicile autre que celui du testateur, qui d'ailleurs n'a pas fait de désignation de tuteur, dont le domicile aurait été dans ce cas celui de la mineure, attendu qu'Emile P., ayant conservé son domicile en France, c'est à Paris que sa succession s'est ouverte et que dès lors c'est régulièrement que, sous la présidence de M. le juge de paix du XVI[e] arrondissement de Paris, le 22 juin 1860, s'est réuni le conseil de famille légalelement convoqué, qui a nommé de St-L. tuteur de la mineure, que la convocation à Valparaiso du conseil de famille qui a nommé Lopez D... est irrégulière. — « Maintient la nomination du tuteur français et considère comme non-avenue la nomination du tuteur chilien. »

Nous admettons cependant qu'il peut être provisoirement pourvu à la tutelle ou à la curatelle d'un étranger, selon les lois locales, lorsque l'incapable n'a pas de protecteur légal et se trouve complètement abandonné à l'étranger. Il serait. en effet, contraire à l'ordre général de laisser sans protection cet individu. Nous désirons toutefois que ces mesures n'aient qu'un caractère de protection et cessent dès qu'il aura été possible à l'autorité nationale de l'enfant d'intervenir. Dans le cas extrêmement rare où la loi natio-

nale ne se préoccuperait pas de la situation de ses nationaux mineurs à l'étranger, nous reconnaissons alors à l'État le droit de prendre, dans l'intérêt de l'incapable, telles dispositions qui lui sembleront convenables. — Nous croyons qu'un tribunal français ne se refusera pas à reconnaître la légalité des actes de l'autorité étrangère dans ces divers cas; l'intérêt bien entendu des mineurs français qui se trouvent à l'étranger, le respect que chaque nation doit avoir pour l'organisation intérieure des États voisins, enfin et surtout la jurisprudence constante qui régit,en France, la situation inverse leur en font un devoir, à condition que l'administrateur provisoire ainsi nommé s'efface à l'apparition du tuteur régulièrement institué d'après les lois françaises, comme le décide la *Common law*.

Par application de ces idées, le tribunal de la Seine a déclaré valable, dans un jugement du 18 avril 1877, la délibération d'un conseil de famille ayant pour objet de nommer un tuteur en France à des mineurs abandonnés par leur père étranger, sans qu'il ait été pris aucune mesure de protection conformément à la loi du pays auxquels ils se rattachaient. — A ce même titre exceptionnel, la jurisprudence décide qu'un conseil judiciaire peut être donné à un étranger résidant en France et qui n'y a aucun parent connu (1). Mais ces décisions ne devront pas être généralisées.

(1) Rouen, 5 décembre 1853. (Dalloz, 1854, II, 133).

Cette doctrine est rigoureuse, nous le reconnaissons volontiers, et elle peut parfois donner lieu, en pratique, à de sérieuses difficultés. Mais que l'on songe aux inconvénients bien autrement grands que présenterait l'abandon de mineurs français en pays étrangers, à la discrétion d'une législation qui peut-être ne s'en préoccuperait en aucune façon et dont, dans tous les cas, il nous est impossible de prévoir les dispositions.

Nous savons comment et par qui peuvent être nommés les tuteurs des mineurs français à l'étranger. Nous devons maintenant rechercher si un étranger peut être tuteur d'un Français. — Après s'être longtemps prononcée en sens contraire, la Cour de Cassation a décidé, le 16 janvier 1875, qu'aucune disposition de loi n'exclut les étrangers des fonctions de tuteur ou subrogé tuteur de leurs enfants ou descendants mineurs. La puissance paternelle survit à la perte de la nationalité française ; or, la tutelle est comme une émanation de la puissance paternelle ; elle répond au même but de protection. Quiconque est capable d'avoir la puissance paternelle doit donc être à plus forte raison capable d'être tuteur ou subrogé-tuteur. — Par la nature spéciale des motifs invoqués, l'arrêt, bien qu'il ne le dise pas expressément, restreint évidemment cette faculté aux ascendants des mineurs.

La distinction introduite par la Cour suprême est très-raisonnable et très-fondée ; nous ne pensons pas néanmoins qu'elle soit entrée dans l'esprit des

rédacteurs du Code et, en l'absence d'un texte formel qui la consacre, nous sommes obligés de la repousser. La tutelle apparaît dans la législation française comme une sorte de fonction publique dont l'exercice intéresse la société tout entière, puisqu'elle a pour but la direction et le gouvernement des familles. Elle est très sévèrement réglementée : les femmes, à de rares exceptions près, en sont exclues ; de nombreuses incapacités sont prononcées ; la présidence du conseil de famille est confiée à un magistrat français, etc., etc. Nous ne croyons pas, dans ces conditions, à la possibilité pour un étranger de prendre part aux opérations d'une tutelle française (1). Nous avons admis, il est vrai, que le père étranger conservait la puissance paternelle sur ses enfants restés français, mais les deux institutions diffèrent essentiellement l'une de l'autre : la puissance paternelle dérive des rapports naturels de parternité et de filiation, elle est purement personnelle à celui qui en est revêtu ; la tutelle, au contraire, présente un certain caractère artificiel, c'est un mandat qui émane directement de la loi elle-même, qui peut s'exercer par délégation et de l'exercice duquel le législateur est libre d'exclure ceux qui ne lui présentent pas de suffisantes garanties (2).

ITALIE. — La convention consulaire du 26 juillet 1862, promulguée par un décret impérial du 24 sep-

(1) DEMOLOMBE. — T. I, n. 245.
(2) Voir, à ce sujet, une intéressante note de M. J. E. LABBÉ, sans l'arrêt précité. (SIREY, 1875, I, 193.)

tembre 1862, ordonne aux consuls respectifs des Hautes Parties contractantes, en cas de décès d'un sujet de l'une des H. P. C. sur le territoire de l'autre, d'organiser, s'il y a lieu, la tutelle ou la curatelle selon les lois de leur pays (art. 9. § 7).

Quelle est au juste la portée de cette disposition et quels sont ceux auxquels elle s'applique?

La convention ne distingue pas si l'étranger est ou non domicilié dans sa patrie, et en cela elle a parfaitement raison; car, quelle que soit l'opinion que l'on puisse avoir sur le domicile, on est forcé d'admettre que le domicile d'un Français en Italie ne sera reconnu qu'à titre exceptionnel. Dès lors donc qu'un Français réside en Italie, c'est en Italie et par les soins du consul Français que l'on devra réunir le conseil de famille, nommer le tuteur etc., tout cela conformément aux lois françaises.

Mais cette disposition aura-t-elle pour conséquence de faire admettre la compétence des tribunaux locaux pour statuer sur les différentes contestations qui pourraient s'élever au sujet de cette tutelle? — Dalloz le croit; il est naturel en effet de penser que les tribunaux de la localité où la tutelle est organisée doivent être appelés, soit à homologuer les délibérations du conseil de famille, soit à résoudre les difficultés qui pourraient s'élever. S'il en était autrement, il en résulterait que toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne seraient pas unanimes et qu'elles seraient attaquées par un membre de l'assemblée, il faudrait aller plaider au

loin. A quoi dès lors servirait la convention ? — Malgré la vérité de ces déductions, nous ne saurions adopter ce système. Nous sommes en présence d'un principe : la compétence exclusive des tribunaux nationaux en matière de questions d'état ; nous devons le respecter tant qu'une dérogation expresse n'y aura pas été apportée. Or, cette dérogation expresse, nous ne la trouvons pas dans la convention consulaire franco-italienne. Conformément à notre doctrine, la Cour de Bastia a décidé le 8 décembre 1863 que la juridiction française ne pouvait être valablement saisie et était nécessairement incompétente pour annuler ou modifier des actes auxquels avait pris part et présidé le représentant d'une puissance, étrangère, agissant en cette qualité dans la limite et l'exercice de ses droits. « Comment admettre, dit l'arrêt, que les tribunaux Français puissent juger des questions dépendantes d'une tutelle organisée d'après les lois de l'Italie ? Comment appliqueraient-ils des lois qui leur sont probablement inconnues et qui n'ont rien d'obligatoire en France ? (1) »

Ces raisons ne nous semblent pas excellentes et pour notre part nous ne verrions pas d'inconvénients, en l'état actuel des législations française et italienne à autoriser la juridiction réciproque des tribunaux de la résidence; mais, nous le répétons, cette dérogation ne nous semble pas être entrée dans la pensée

1) Dalloz, 1864, II. 1.

des contractants, nous devons donc nous en tenir au droit commun.

Des dispositions semblables ont été adoptées par la France et l'ESPAGNE, par la France et le PORTUGAL dans les conventions consulaires des 7 janvier 1862 et 11 juillet 1866. Quand un Français résidant en Espagne ou en Portugal laisse à son décès des enfants mineurs, il appartient exclusivement à nos agents consulaires d'organiser la tutelle conformément aux lois françaises. Lorsqu'un Français en Espagne ou en Portugal et un Espagnol ou un Portugais, en France, sera décédé sur un point où il ne se trouverait pas d'agent consulaire de sa nation, l'autorité locale compétente pourra prendre les mesures *provisoires* de protection qu'elle jugera nécessaires, mais à l'arrivée de l'agent consulaire le plus rapproché, elle devra s'effacer et lui laisser, conformément à la convention, sa liberté d'action (art. 21), (art. 9).

Bien que ces conventions ne prévoient pas expressément le cas où il y aurait lieu de pourvoir ultérieurement à la tutelle, elles s'y réfèrent implicitement et toute nomination en remplacement ne peut être faite, sous peine de nullité radicale, que par les Consuls respectifs procédant suivant les lois de leur pays (1).

Un traité de 1828 avec la SUISSE consacrait la règle que nous venons de poser. « Les contestations

(1) CASS-CIV, 19 juin 1878.— DALLOZ, 1878, 1, 317.

qui pourraient s'élever au sujet de la tutelle, des Français résidant en Suisse, disait l'article 3 de la convention (*in fine*), seront portées devant le juge du dernier domicile que le Français a en France et réciproquement. » Deux pratiques absolument différentes furent, en Suisse même, la conséquence des termes peu clairs de cette disposition.

Les autorités génevoises, confondant sans doute la loi et la compétence, et s'appuyant sur ce fait que le canton de Genève était régi par la loi civile française, crurent pouvoir procéder à l'ouverture des tutelles des mineurs français. En France, au contraire, et dans tous les autres cantons Suisses, on renvoyait, aux termes du traité, pour l'ouverture de ces tutelles, au lieu d'origine.(Rapport de la légation Suisse au Conseil Fédéral, 26 mars 1870).

Un nouveau traité fut conclu en 1869, il contenait un article 10 ainsi conçu : « La tutelle des mineurs et interdits Français, résidant en Suisse, sera réglée par la loi Française et réciproquement la tutelle des mineurs et interdits Suisses, résidant en France sera régie par la législation de leur canton d'origine. En conséquence les contestations auxquelles l'établissement de la tutelle et l'administration de la fortune pourront donner lieu seront portées devant l'autorité compétente de leur pays d'origine, sans préjudice toutefois des lois qui régissent les immeubles et des mesures conservatoires que les juges du lieu de la résidence pourront ordonner. »

Il était écrit que l'on ne pourrait jamais s'entendre, car quelques mois après la conclusion du traité, son interprétation donnait lieu aux controverses les plus vives : Un Gènevois établi à Paris demanda la convocation d'un conseil de famille et la nomination d'un subrogé tuteur ; refus du juge de paix, d'accord avec la légation Suisse aux termes de l'art. 10 du traité ; les autorités de Genève, consultées, sont d'avis que la convocation du conseil de famille et la nomination du tubrogé tuteur ne les concernent pas, mais qu'il y doit être pourvu par les autorités françaises ; recours alors au Conseil fédéral qui adopte l'opinion de la légation Suisse.

Telle est donc l'interprétation officielle de cette convention : — compétence exclusive des autorités du lieu d'origine — interprétation qui nous semblait du reste résulter expressément des termes du traité et du Message du Conseil Fédéral qui en accompagnait la présentation. Aussi maintenant les autori-génevoises ont-elles dû renoncer à leur ancienne pratique d'ouvrir les tutelles des mineurs Français en Suisse et de leur nommer des tuteurs ; elles attendent que les autorités françaises fassent le nécessaire et, en fait, nous sommes obligés de le constater, il arrive souvent que la tutelle ne s'ouvre pas du tout par suite de l'inaction des autorités Françaises.

On parle beaucoup depuis quelque temps de la révision de ce traité franco-suisse. MM. Al. Martin, professeur à l'Université de Genève et M. Ernest Lehr, professeur à l'Académie de Lausanne, avocat

consultant de l'Ambassade de France, ont publié d'intéressants articles à ce sujet dans le *Journal du Droit International Privé* (1). M. Martin, cherchant à s'inspirer uniquement de l'intérêt des mineurs, propose de substituer le droit du domicile au droit national, en matière de tutelles, et d'ouvrir en Suisse la tutelle des mineurs Français dont les parents y seront *établis*. — Ce serait une innovation dangereuse : outre les difficultés que présenterait la question de savoir si un Français est ou non *établi* en Suisse et réciproquement, il ne faut pas oublier que si, dans le petit canton de Genève, le Code civil Français est encore en vigueur, il n'en est pas de même dans le reste de la Confédération et qu'au contraire les 24 autres États ont, en matière de tutelle, des législations absolument différentes de la notre. Cette opinion a été très vivement soutenue au Congrès de Genève par plusieurs des jurisconsultes les plus distingués de la Suisse elle-même, notamment M. le professeur Kœnig et M. de Seigneur. Il est donc peu probable que les modifications proposées par M. Martin en matière de tutelle, soient adoptées et nous croyons, avec M. Lehr, qu'il est préférable, sauf quelques améliorations de détail, de conserver intacts les principes posés à cet égard par le traité actuellement en vigueur.

La convention internationale du 11 décembre 1866 avec l'Autriche ne prescrit que des mesures provi-

(1) *Journal du Droit International Privé*, 1879, p. 117 et 533.

soires de surveillance et d'administration qui ne touchent point le fond du droit et n'a apporté dès lors en ce point aucune dérogation aux règles du droit français (1).

La dénonciation du traité de commerce conclu avec l'Autriche le 11 décembre 1866, ayant eu pour effet d'entraîner l'abrogation des diverses conventions consenties le même jour et entre autres de la convention consulaire dont nous venons de parler, les deux gouvernements français et autrichien ont signé à Vienne, le 5 janvier 1879, une déclaration aux termes de laquelle ces diverses conventions restent en vigueur jusqu'à la conclusion d'un nouveau traité de commerce ou jusqu'à l'expiration de l'année qui suivra la dénonciation de cette nouvelle convention.

La Cour de chancellerie nommera des tuteurs aux enfants étrangers se trouvant en ANGLETERRE, mais elle réservera en même temps la garde exclusive et le contrôle des enfants aux tuteurs qui leur auront été dûment nommés dans le pays de leur domicile et auxquels les tuteurs anglais seront subordonnés (2). Excellente disposition qui concilie bien l'intérêt des enfants avec les exigences de l'ordre public et le respect des législations étrangères.

§ II. — INTERDICTION, CONSEIL JUDICIAIRE.

Nous donnerons la même solution pour l'interdic-

(1) CASS. REQ. — 13 janvier 1873.
(2) NUGENT, v. VETZERA. — 12 juillet 1866. 2. Eq. 704.

tion et le conseil judiciaire ; ces mesures présentent un caractère de gravité tout particulier. Le législateur veut qu'un conseil de famille, formé selon le mode indiqué au chapitre de la tutelle, donne son avis sur l'état de la personne dont l'interdiction est demandée, il détermine minutieusement la procédure qui sera suivie, les dispositions qui devront être prises pour assurer la publicité du jugement, enfin il décide qu'aucun jugement en matière d'interdiction ou de nomination de conseil, ne pourra être rendu soit en première instance, soit en appel que sur les conclusions du ministère public.

Tout cela est péremptoire et bien que le Code civil ne désigne pas expressément le tribunal qui devra connaître de la demande, nous n'hésitons pas à affirmer que cette demande ne peut être formée que devant un tribunal français, et. selon les principes généraux, devant celui du dernier domicile de l'incapable.

Et nous ne distinguerons pas selon les causes qui ont donné lieu à l'interdiction. Elle peut, il est vrai dans certains cas, être nécessitée par le souci de l'ordre public et à ce titre préoccuper justement l'autorité étrangère. Nous conseillerons alors aux tribunaux de tenir compte des dispositions provisoires qui, dans cette mesure, auront pu être prises à l'étranger, mais, aux yeux de la loi française, l'interdiction d'un Français avec tous les effets qui y sont attachés ne peut résulter que de la décision régulièrement rendue par un tribunal national.

Les tribunaux ITALIENS n'hésitent pas à se déclarer incompétents pour prononcer l'interdiction d'un étranger ou pour lui nommer un Conseil judiciaire. Un important arrêt de la Cour de cassation est venu consacrer cette jurisprudence. La Cour de Milan avait prononcé l'interdiction d'un sieur J.-B. Dulché, sujet français, domicilié à Milan, depuis 15 ans, en faisant l'application des lois françaises. — La Cour de cassation a cassé cette décision dans un arrêt que nous croyons devoir reproduire :

« LA COUR :............ Attendu que notre Code civil ayant déclaré à l'art. 6 des Dispositions préliminaires que « *l'état et la capacité des personnes, et les rapports de famille sont régis par la loi de la nation à laquelle ces personnes appartiennent,* » et notre Code de Procédure civile ayant fixé, aux art. 105, 106 et 107, en quels cas et comment l'étranger doit être assigné devant les autorités judiciaires du royaume, on pourrait croire, au premier abord avec la Cour d'appel de Milan, que J.-B. Dulché se plaint à tort d'une mesure qui, lui faisant l'application de la loi française, en cette matière conforme à la loi italienne, se résout en une protection pour celui dont l'interdiction est provoquée; — « Que néanmoins, il ne faut par oublier qu'il est de principe généralement reconnu que le statut personnel suit et régit le citoyen partout où il se trouve, que, partant, pour le juger, il est nécessaire d'avoir juridiction sur lui, que cette juridiction est exercée par le souverain et en son nom, par des

juges qui, chez nous, prononcent leurs jugements au nom du roi, sur les personnes soumises aux lois de l'État, mais jamais sur les étrangers non naturalisés; — Qu'il est donc admis que les tribunaux nationaux ne sont pas compétents pour connaître des questions d'état entre étrangers et qu'ils doivent, en conséquence, s'abstenir de juger des demandes en séparation, en nullité de mariages, en reconnaissance d'enfants et autres;.... — mais qu'il est permis, en vue de concilier le respect dû à la juridiction compétente, en matière de statut personnel, des juges du pays de naissauce, avec l'intérêt actuel et urgent de l'étranger, aux tribunaux de l'État, où l'étranger réside, d'ordonner à titre de simple *acte de protection*, des mesures conservatoires et provisoires, *ad tempus*, plus ou moins limité, conformément aux véritables nécessités des circonstances, ainsi que précisément et très sagemement l'a déjà fait le Tribunal civil de Milan, en nommant, par ordonnance du 13 juin 1871, un conseil provisoire au sieur J.-B Dulché.....

Casse l'arrêt de la Cour royale (1).

Nous approuvons hautement cette décision, bien qu'elle ait rencontré de nombreux adversaires, entre autres M. Ernest Dubois, professeur à la faculté de droit de Nancy. Elle est conforme aux principes généraux du droit international et concilie très-heureusement le respect de la souveraineté étrangère avec le

(1) Cour de cassation de Turin, 13 juin 1874. — *Journal du Droit international privé*, 1874, p. 330.

maintien de l'ordre public et la protection qui est due à tout individu, indépendamment de sa nationalité. Constatons cependant avec regret que, même en Italie, elle n'a pas fixé la jurisprudence, car le 1er septembre 1875, la Cour d'appel de Lucques reconnaissait très-formellement la compétence des tribunaux italiens pour prononcer l'interdiction d'un sujet anglais, le baron Seymour Stocker-Kirkoup, tout en subordonnant à certaines preuves l'admission de la demande (1).

Le Tribunal Fédéral suisse a adopté la jurisprudence de la Cour de Cassation d'Italie. Le Tribunal civil de la Veveyse et la Cour d'appel du canton de Fribourg s'étaient déclarés compétents pour prononcer l'interdiction d'un Sr. F. Gothney, Suisse d'origine, mais naturalisé citoyen Américain en 1866. Le Tribunal Fédéral a cassé ces arrêts et, tout en admettant la compétence *parce que Gothney ressortissait encore au canton de Fribourg*, posé en principe que les tribunaux suisses sont incompétents pour prononcer l'interdiction d'un étranger.

En sens contraire, la Cour d'appel de Bruxelles a décidé, le 9 juin 1873, que les tribunaux belges étaient compétents pour prononcer la mise sous conseil judiciaire d'un prodigue étranger ayant sa résidence ou son domicile de fait en Belgique (la natio-

(1) Cour d'Appel de Lucques. — *Monitore dei tribunali*, 1876 p. 365.

nalité était douteuse) et quelques jours après, un arrêt analogue prononçait l'interdiction d'une Belge ayant perdu sa qualité par mariage mais ayant continué à demeurer en Belgique « L'ordre public et « les convenances internationales exigent que l'é« tranger qui a son domicile en Belgique soit sou« mis à la compétence des tribunaux belges ; décider « le contraire ce serait laisser sur le territoire du « royaume des individus qui n'auraient point de juges « auxquels ils pourraient soumettre leurs différends « et qui ne sauraient à quelle juridiction s'adresser « pour obtenir protection dans les actes de la vie « civile. »

SECTION II. — EFFETS DES MESURES

Le tuteur, le curateur, le conseil judiciaire une fois nommés, quels seront leurs pouvoirs, et d'après quelle loi faudra-t-il les déterminer? Les auteurs sont très-divisés sur ce point.

Les uns distinguent entre les pouvoirs relatifs à la personne physique et juridique de l'incapable et ceux qu'ils ont en tant qu'administrateurs des biens. Ils déterminent les premiers par la loi nationale qui a présidé à l'institution de la tutelle ou de la curatelle, les seconds par la loi de la situation des biens.

Les autres distinguent entre le tuteur et le curateur donnés à la personne, le tuteur et le curateur donnés aux biens et divisent les tutelles et curatelles en deux catégories. Ne laissons pas passer, sans l'analyser, cette ingénieuse théorie soutenue avec talent par Rocco et Massé.

Les mineurs et les interdits, dit M. Massé, sont placés sous l'autorité d'un tuteur; les émancipés ont un curateur, les prodigues un conseil judiciaire. Ces divers administrateurs sont surtout préposés à la personne, et si leur autorité s'étend accessoirement sur les biens, on n'en doit pas moins reconnaître que leur établissement constitue un statut personnel et doit, à ce titre, être déterminé par la loi nationale.

En quelqu'endroit que se trouve ou qu'agisse la personne, il faut que le tuteur y soit et qu'il y agisse; quelle que soit la situation des biens, ils ne peuvent être vendus sans le concours du tuteur, et pas plus à l'étranger qu'en France, le mineur ne pourra contracter sans ce concours. Mais il n'en est pas de même si la protection, au lieu d'être destinée à la personne, a pour objet direct les biens ou l'intérêt des tiers. Son effet doit se renfermer alors dans les limites du territoire; il ne s'agit plus d'une incapacité personnelle et absolue de l'individu, mais d'une incapacité réelle et relative des biens, d'un état nouveau qui, frappant directement les immeubles, ne peut atteindre ceux qui ne sont point soumis par leur situation à la loi qui a établi la protection. Ainsi, selon le savant auteur, les syndics d'une faillite déclarée en France, les curateurs donnés aux biens d'un absent ou d'une succession vacante, ne doivent avoir aucune autorité sur les biens situés à l'étranger, parce qu'il s'agit là d'un statut réel et que la loi étrangère seule est compétente

pour prendre les mesures que nécessite la situation (1).

Toutes ces distinctions, quelque bien fondées qu'elles puissent paraître au premier abord, nous semblent devoir être écartées. Quel est en effet le but de la tutelle et de la curatelle? — Défendre les intérêts de ceux qui sont incapables d'y pourvoir par eux-mêmes. — Que si, dans certains cas, ces institutions paraissent établies plus spécialement pour protéger les biens, il n'en est pas moins vrai qu'en définitive ce sont des personnes qui en profiteront; c'est donc la loi nationale de ces individus qui doit en déterminer les effets.

Nous croyons en outre que les actes de l'autorité nationale qui confèrent ces diverses fonctions n'ont pas besoin pour produire leurs effets à l'étranger d'être confirmés par les pouvoirs locaux. Le tuteur, le curateur, pourraient donc, selon nous, exercer leur surveillance partout où leur pupille possède des biens, indépendamment de toute autorisation du magistrat de la situation qui pourra seulement leur demander de produire les preuves de la régularité du titre qu'ils invoquent.

ITALIE. — La législation italienne que nous nous sommes spécialement proposés d'étudier donnera bien rarement naissance à des conflits. Une jurisprudence constante reconnaît, en effet, la tutelle, la curatelle, l'interdiction totale ou partielle et se

(1) ROCCO et MASSÉ. — *Le Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 1874, t. I, p. 477, 478.

reporte aux lois nationales de l'incapable pour en apprécier l'étendue et les effets. Les actes faits par le tuteur au nom du mineur ou de l'interdit produiront donc leurs effets, tantôt par suite du simple consentement du tuteur, tantôt seulement après l'homologation du conseil de famille ou du tribunal, selon les distinctions de la loi française. Et, pour cela, il n'est aucunement nécessaire que l'acte de l'autorité française ou le jugement du tribunal qui modifient l'état de la personne soit déclaré exécutoire en Italie « Les actes rédigés conformément à la loi du lieu où ils ont été reçus font foi, même à l'étranger, des faits qui y sont énoncés et des qualités qui y sont attribuées aux parties sans que la formule exécutoire soit nécessaire (1). »

— « Les jugements étrangers relatifs à l'état des personnes, qui émanent des tribunaux du pays de ces personnes, n'ont pas besoin d'être rendus exécutoires en Italie pour que la capacité ou l'incapacité juridiques des mêmes personnes y soit reconnue telle que l'ont établie ces jugements. — Il en est spécialement ainsi d'un jugement du tribunal de la Seine qui nomme un conseil judiciaire à un Français (2). »

De même le jugement d'interdiction prononcé en France contre un Français, produira tous ses effets sans qu'il soit besoin de le soumettre à la révision

(1) Cour de Brescia. — 1er août 1871. — *Annali di Giurisprudenza*, 1871, p. 575, 2.
(2) Cour de Milan. — 22 Septembre 1874. — *Monitore dei Trinali*, 1874, p. 1,164.

d'un tribunal italien. — En serait-il ainsi si la modification de l'état de l'étranger dérivait non pas d'une loi ou d'un jugement civil, mais d'une sentence criminelle ou d'une loi politique? — Nous n'oserions pas l'affirmer (1).

AUTRICHE. — En Autriche les droits du tuteur étranger sont respectés. « Les tribunaux autrichiens ne sont pas compétents pour autoriser l'aliénation d'immeubles situés dans leur ressort, mais appartenant à des mineurs étrangers. » La loi qui fixe les formalités à remplir par l'aliénation des immeubles n'est pas en effet une loi réelle immobilière, mais une loi personnelle relative â la capacité des personnes, qui doit dès lors être prise dans la législation du pays auquel appartient le mineur.

POLOGNE. — Nous avons trouvé une décision analogue du Sénat de Varsovie. Il s'agissait d'un engagement, concernant des immeubles pris, à l'âge de 23 ans par un sujet Autrichien. La majorité étant fixée en Pologne à 21 ans, le tribunal et la Cour de Varsovie avaient cru pouvoir rejeter la demande des tuteurs qui invoquaient l'incapacité de leur pupille. Le Sénat, comme la plus haute instance judiciaire, a réformé ces deux arrêts et déclaré « Que la faculté de prendre des engagements étant un statut personnel, devait être régie selon les lois du pays dont le contractant était sujet et qu'ainsi l'engagement du

(1) FŒLIX. — P. 213, 2. (Affaire du duc de BRUNSWICK.)

propriétaire des biens dont il s'agissait était nul à raison de sa minorité » (1).

ANGLETERRE. — Les jurisconsultes et les tribunaux anglais, au contraire, ne reconnaissent l'autorité des tuteurs ou curateurs étrangers sur la propriété immobilière ou mobilière de leurs pupilles située sur le territoire qu'autant qu'ils ont reçu du juge local un nouveau mandat. « Les droits des tuteurs étrangers, dit Story, sont considérés comme territoriaux et ne peuvent avoir aucune influence sur des biens situés dans d'autres pays dont la législation admet des règles différentes. Personne ne voudra supposer qu'un tuteur, institué selon les lois d'un pays, ait le droit d'exiger les revenus ou de prendre possession des biens de son pupille situés dans un autre État, sans y avoir été dûment autorisé par le tribunal local » (2).— Ajoutons, du reste, que les tuteurs étrangers seront facilement reconnus et pourront dès lors exercer sans entraves leurs diverses fonctions.

ÉTATS-UNIS. — La même doctrine est admise en Amérique. « Personne n'a jamais supposé, dit William Beach Lawrence dans son Commentaire sur Wheaton, qu'un tuteur, nommé dans l'un quelconque des États de l'Union, ait aucun droit de recevoir les profits ou de prendre possession d'un immeuble de son pupille situé dans un autre État, sans avoir été dûment nommé à cet effet par le tribunal compé-

(1) SÉNAT DE VARSOVIE, 1873. — *Journal du Droit international privé*, 1848, p. 48.
(2) STORY. — *Conflicts of law*, § 504 and 505.

tent de l'Etat où l'immeuble est situé. » Il en est de même pour les biens mobiliers et aucun tuteur étranger, ne saurait, *virtute officii*, exercer aucun droit sur les biens de son pupille qui se trouvent dans un autre État. Il lui faut demander de nouveaux pouvoirs aux tribunaux locaux compétents.

ALLEMAGNE. — Nous trouvons des idées analogues dans les écrits des jurisconsultes allemands, et nous croyons qu'en principe les tuteurs étrangers devront, pour exercer leur autorité sur les biens de leur pupille situés sur le territoire de l'empire, recevoir une nouvelle investiture des magistrats locaux. — Les gouvernements confédérés ont du reste conclu entre eux de nombreux traités aux termes desquels ils s'engageaient à reconnaître réciproquement les pouvoirs des tuteurs ou autres administrateurs nommés par les juges du domicile de l'incapable ou de l'absent (1).

SECTION III. — ÉMANCIPATION

L'incapacité du pupille, et par suite les pouvoirs du tuteur, prennent nécessairement fin à la majorité. Mais, avant l'époque de cette majorité, l'enfant peut être émancipé lorsque ceux, sous la puissance desquels il se trouve, y consentent. Nous ne parlerons pas de l'émancipation tacite qui est la conséquence du mariage et sur laquelle le lieu de la célébration ne saurait avoir aucune influence, mais de l'éman-

(1) FOELIX. — *Droit International Privé*, II, 209.

cipation expresse qui résulte de la déclaration faite devant le juge de paix, assisté de son greffier, par le père, et à défaut du père, par la mère, ou si le père et la mère sont morts, de la délibération du conseil de famille qui l'aura autorisée. Cette émancipation peut-elle avoir lieu à l'étranger? Il faut, croyons-nous, distinguer entre ces deux cas : lorsque c'est le père, ou à défaut de père, la mère qui désire émanciper son enfant, nous déciderons qu'ils peuvent faire leur déclaration devant l'autorité compétente étrangère, en vertu de la règle « locus regit actum. » En Italie, ce sera le préteur (Art. 311 du Code italien).

Mais lorsque l'émancipation n'a lieu qu'à la suite d'une délibération du conseil de famille, dont l'intervention entraîne souvent celle du tribunal, elle ne peut avoir lieu à l'étranger, qu'autant que, d'après les conventions diplomatiques en vigueur, le conseil de famille a pu valablement se réunir dans le pays, sous la présidence du consul ou de son délégué, qui remplit alors les fonctions de juge de paix. — M. Demolombe (1) repousse cependant cette distinction, et semble croire que le seul juge de paix compétent est celui du domicile du mineur; mais il admet avec M. de Freminville, que l'émancipation peut être faite par mandataire, pourvu que la procuration soit spéciale et authentique; ce tempérament est de nature à faire disparaître les obstacles qui pourraient résulter de l'éloignement.

(1) Demolombe. — *De la Minorité*, t. II, p. 159.

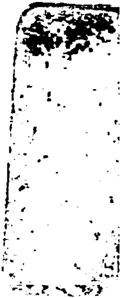
TABLE DES MATIÈRES

DROIT FRANÇAIS

439-5-80. — SAINT-QUENTIN, IMPRIMERIE JULES MOUREAU.

1/12/29





BK 2003

